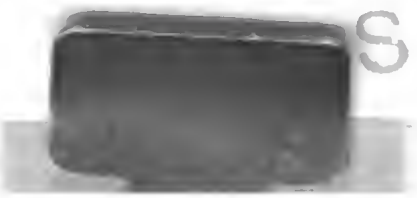
4° Decis. 2m Annalen

<36630746600014

<36630746600014



Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk,

Vicekanzler des Oberhofgerichts in Mannheim,

in Verbindung mit

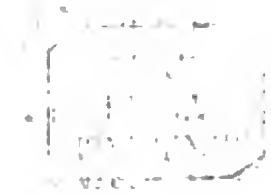
Hofgerichtsdirektor **Trefurt** in Freiburg, den Hofgerichtsräthen **Aschbach** in Freiburg, **Bayer** in Mannheim und **Sander** in Rastatt.

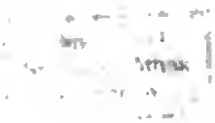
Neunter Jahrgang.

Karlsruhe, 1841.

Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

Digitized by Google





Digitized by Google

Register

zu den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1841.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Ableugnungseid 150, 184.
Abrechnung, gleich Quittung?, 140.
Abschlagszahlung gilt für Anerkennung des ganzen Betrags 115.
Accispflicht bei Liegenschaftsveräußerungen 173.
Achert, Allgemein verständliche Anleitung zu eigener Besorgung gerichtlicher Geschäfte ꝛc. Recension 40.
Aechtheitsbeweis 149, 184, 273, durch Adeitation? 353, beim eigenhändigen Testament 330.
Almend, nicht die einzelnen Bürger können darüber verfügen 144.
Amtswegen, Verfahren des Richters von — 303.
Analoge Anwendbarkeit des Handelsrechts 155.
Anerkennung, als Klaggrund 345, der ganzen Schuld durch Abschlagzahlung 115.
Anerkennungsurkunde, ihr Verhältniß zur ursprünglichen Verbindlichkeit nach L.R.S. 1338, 114.
Anklageverfahren 293.
Annahme, ausdrückliche bei Vermögensübergaben 84.
Annahmsverzug bei doppelseitigen Verträgen 261.
Anonyme Anzeigen 38.
Anwalt, kann das Gericht dessen Parteivortrag beschränken? 147.
Anzeigungen, Beweis durch A., aus einem Vergiftungsfalle 213, ihre Beweiskraft nach badischem Criminalprozeß 13, 213.
Appellation, in Gantsachen 87, wegen Ladungsversagung? 322, gegen Purificationsbescheide 279, gegen eine Entscheidung aus unwahrem Rechtssatze 249.
Appellations-Frist und -Summe nach badischen und württembergischen Gesetzen 147.
Auslegung der Parteivorträge 253, 270, der Verträge 279.
Aussichtsgerechtigkeit 349.
Baier, Handbuch des badischen Forst- und Jagdrechts. Recension 42.
Baulast bei Kirchen und Pfarrhäusern 125, 333.
Baurittel, Handbuch des badischen bürgerlichen Rechts. Recension 21.
Begnadigung eines zum Tode verurtheilten Mörders 171.
Behändigung gerichtlicher Akten, Beweis darüber durch Eideszuschiebung 113, 263.
Beisammenwohnen während des Streits über den Bestand der Ehe 290.
Beisatzbefehl, Rechtsmittel gegen Versagung eines B.? 91.
Bekk, über die dinglichen Rechte an Liegenschaften und insbesondere über die Bewahrung derselben ꝛc., nach dem franz. und badischen Rechte. Recension 23.
Beklagter, kann der mit der Vernehmlassung ausgeschlossene B. in der Wiederherstellungsfrist statt der V. die Einreden der P. O. §§. 296, 297 erheben, ohne sich nach §. 297 eventuell einzulassen?, 58.
Beschlagnahme, behufs der Herstellung eines Vergehens ist keineswegs Expropriation nach L.R.S. 545, 72.
Beschuldiger, hat kein Rekursrecht 171, 271.
Beschuldigungsprozeß, Bemerkungen über den — 45, Gegenbemerkungen 92, Rechtsmittel 271, 332.
Beschwerdeführung wegen Kostenbestimmungen 187, 315.
Besitz, hat die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und des Eigenthums für sich 149.
Beugungsmittel, eine Ungerechtigkeit, wo auf ihre Erfolglosigkeit keine Scheidung eintreten soll 91.
Beweis, Indicien-B. nach bad. Strafrechte 13, 220, des Negatorienklägers 78, durch Vermuthungen 150.
Beweisantretung, mangelhafte 267, 317, versäumte 267.
Beweiskraft einer vom Produkten nicht anerkannten aber unterschriebenen Urkunde 229, 273, einer Privaturkunde gegen Dritte 183, 353.
Beweislast, bei abgeläugneter Aechtheit eines eigenhändigen Testaments 330, des Pflichterben 185.
Bieraccise, Betrachtungen über ihre Umgehung 1, tryberger Fall 101.
Bierbereitung 104.
Blödsinn, vor der Mundtodtmachung kundbar, ob er die vor dieser eingegangenen Verbindlichkeiten nichtig mache 117.
Boileux, Commentar über das französische Civilgesetzbuch. Recension 43.
Bürgereinkaufsgelder, Anspruch des Grundherrn auf solche 331.
Bürgermeister, das richterliche Entscheidungsrecht der 341.
Bürgerrecht, der Söhne von Staatsdienern 34.

Cassation und Restitution in Strafsachen 237.
Cedent, Quittung des C. dem Cessionar gegenüber 353.

Digitized by Google

Commission im Handel 246.
Competenz in Ehesachen 290, hofgerichtliche in Zollstrafsachen 142, richterliche bei Ansprüchen der Grundherrn auf Bürgereinkaufsgelder 331, in Sachen der Söldner gegen die Bauern 144.
Competenzconflict zwischen Hofgericht und Kreisregierung wegen von Beamten im Dienst begangener Injurien 131.
Concurrenz der Gerichtsstände des In- und Auslands 93.
Condominatsort Widdern 146.
Curiosa 28, 108, 181, 200, 228.

Darlehensvertrag, wird er durch Aufkündigung oder durch Zahlung aufgelöst?, 29.
Defraudation der Bieraccise 3, 102.
Denunciationsprozeß 45, steht darin dem Staatsanwalt gegen hofgerichtliche Urtheile der Rekurs zu?, 171, 271.
Defervitencontrolle 205.
Diebstahl, Beweis durch Indicien 15, dritter (Gesinde-) 145, 208, aus Raschheit und Leichtsinn, polizeilich oder gerichtlich? 11, wiederholter dritter, im Inlande und in Württemberg, 95,
Dienstbarkeit, kann die unständige D. der Durchfahrt im Falle des Landrechtssatzes 682 durch Ersitzung unter der Herrschaft des Landrechts erworben werden 77, Licht- und Aussichts- D. 349, Wasser- 281, der Wohnung 109.
Dienstvergehen, durch Injurien, 132.
Dritte, in wie weit Privaturkunden gegen sie beweisen, 183, 333.
Dunkelarrest 284.

Ehe, ohne Staatserlaubniß geschlossen, 286.
Eheliche Pflichten, die verweigerte Leistung derselben 90.
Ehescheidung, 89,
Ehescheidungsklagen, eine Nichtigkeit des Verfahrens in — 152
Ehestreitigkeiten. Ableugnung förmlicher Ehe, Einrede der Nichtigkeit ꝛc. und Verfahren dabei 285.
Ehrenkränkung, von Beamten im Dienst begangen, 13, gegen Gendarmen im Dienst 313, Verzicht auf den privilegirten Gerichtsstand in Sachen einer — 136.
Eid, kann der angenommene nach der Urtheilsverkündung zurückgeschoben werden 236,
Eidesleistung, Art der E. für Entfernte 147
Eides-Ordnung und -Unordnung, die bestehende, insbesondere: Eides-Mündigkeit, -Zulässigkeit, Anerkennungs-, Meinungs-, Schätzer-, Schätzungs-, Vermuthungs- ꝛc. Eid ꝛc. 73.
Eideszuschiebung, über die Behändigung eines Urtheils findet statt? 113 243, zum Beweis unvordenklicher Verjährung 283, unzulässige in Vermögensabsonderungen 152.
Eidliches Versprechen, ein gewisses Gebiet nicht zu verlassen, im Untersuchungsverfahren 39.
Eigenthum, getheiltes, Wer ist der rechte Kläger, resp. Beklagte, der Dominus directus oder der D. utilis? 255.
Einrede der Ehenichtigkeit 285, des selbstverschuldeten Irrthums 353, der fehlenden Passivlegitimation 345, der P.O. §§. 296, 297, in der Wiederherstellungsfrist 57, der Wettschlagung, zu gesondertem Austrag verwiesen 253, verjähren mit der Klage, durch welche sie geltend gemacht werden können 347.
Eintragung, von Unterpfand- und Vorzugsrechten 292, der Versteigerungsverfügung durch den Ortsvorgesetzten wirkt kein Vorzugsrecht 276, in das Grundbuch 227.
Endgültiger Zehntablösungsvertrag einer Gemeinde 128.
Entschädigungsforderung aus L.R.S. 682, 82, wegen Einleitung einer Untersuchung wegen Zolldefraudation 71.
Entscheidungsgründe, ihre verspätete Verkündung bei den Obergerichten 252.
Entscheidungsrecht, richterliches, der Bürgermeister 341.
Erbbestand 255.
Erfüllungseid, Zulässigkeit des 150.
Ergänzungsanträge der einen Partei schieben die Rechtskraft des Urtheils auf 132.
Erkenntniß, verurtheilendes, ohne Klagbegehren 99.
Erlassung einer Schuld 149.
Ersatzpflichtigkeit der unterliegenden Partei in Betreff von Proceßkosten 41.
Ersitzung, unständiger Dienstbarkeiten 77. Siehe Verjährung.

Falsche Münzen, Verpartirung derselben 177.
Falschheit eines Testaments, Beweis der 357.
Familienstipendium 315.
Faselvieh, Ablösung der Last desselben 262.
Fiskus, haftet für Handlungen des subalternen Zolldienstpersonals? 72.
Fixation der auf der Rolle stehenden Rechtsstreitigkeiten 264.
Forstberechtigung 63.
Forstgesetz, civilrechtliche Bedeutung des §. 104, 63.
Gant-Anwalt, bei der Ergreifung von Rechtsmitteln 55, Geständnisse im Namen des Cridars 55.
Gantmassepfleger, dem Gantmasseanwalt gegenüber 55.
Gantrichter, sein Verfahren von Amtswegen 304.
Gegenvormund des Minderjährigen 334.
Geisteskrankheit, behufs der Unzurechnungsfähigkeit vorgeschützt 182.
Gemeinden, Gleichstellung der Stadt- und Landgemeinden in Betreff des bürgermeisterlichen Entscheidungsrechts? 311 als Vertreterin der Zehntpflichtigen 127.
Gemeinderath und Bürgerausschuß bei Zehntablösungsverträgen 128, 130.
Gemeinderechner, ihre Stellung gegen die Revisionsbehörden und die Gemeinde wegen restirender Ausstände 212.
Gericht, kann ein inländisches Gericht nachträglich zu einem ausländischen Straferkenntniß die Landesverweisung aussprechen? 93.
Gerichtsstand, befreiter 136, 305 in Betreff eines von einem Württemberger in Baden begangenen Verbrechens 93.
Gesetz über die Rechte der Gemeindebürger ꝛc., Auslegung des §. 55, 34.
Gesetzentwurf von Picot über den Schutz gegen Nachdruck ꝛc. 137.
Gesindediebstahl 145.
Geständnisse des Gantanwalts, durch die Massegläubiger widerruflich? 56, unzulässig im Prozeß über Vermögensabsonderung 152.
Gift, der Besitz von Gift als Indicium 292, allgemein tödtliches Werkzeug 224.
Gläubiger können die Rechte ihrer Schuldner zu ihrer Befriedigung geltend machen ꝛc. 325.

Digitized by Google

Handelsrecht, Abweichung des Art. 95 vom Urtexte 179.
Hand- und Fuhr-Frohnden, hat der kirchbaupflichtige Zehntherr dafür ein Klagrecht gegen das Kirchspiel? 125, 333.
Handgelübde 76.
Herausgabe von Urkunden 65.
Herkommen, Beweisthema beim 331.
Hungerkoß, nur in Fällen, wo sonst körperliche Züchtigung 284.

Jagemann, v., Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Recension. 37.
Jenisch- oder Gauner-Deutsch (eine Probe) 168.
Judicien, ihre Beweiskraft im bad. Crim.-Prozeß 13, 213.
Indirekte Steuern, auf Grund einer Declaration, nicht des Erfunds, erhoben 105.
Insinnation der Gerichtsboten, 263.
Intervention 307, Haupt-, 309.
Justizpflege des ehemaligen reichsunmittelbaren Adels, ein Beispiel von 28.

Katechismus des Gemeinderechts. Freib. 1838. Recension 193.
Kauf, analoge Anwendung des Handelsrechts auf den — 329, Handels-K. 247.
Kaufbesteller u. Kaufbesorger 245.
Kaufschillingskauf 174.
Kettenacker, v., das Verbrechen der Ehrenverletzung. Recension 194.
Kintzinger, das badische Landrecht ꝛc. Recension 194, die Gesetzgebung Badens systematisch dargestellt. Recension 194, die katholische Kirchenregierung ꝛc. in Baden. Recension 195.
Kirchen-, Pfarrhäuser- u. Schulhäuser-Baupflichtigkeit 125, 333, Beiträge zur Erläuterung des Edikts vom 26. April 1808, 333.
Klagabweisung nach P. O. §. 358, weil es keiner weitern Klage bedürfe? 29
Klagänderung, enthält nicht an sich den Verzicht in Betreff der frühern Klage 112.
Klagbegehren, kann dessen Mangel in zweiter Instanz nachgeholt werden? 99. der Mangel desselben wirkt Nichtigkeit? 125.
Klage, auf Entschädigung aus Anlaß einer Defraudations-Untersuchung 71, auf Entschädigung aus einer Dienstbarkeit 82, auf den Grund einer Anerkennung ꝛc. 345, auf Kaufsauflösung 329, Negatorien- 78, auf Urkundenherausgabe, ihre Einrichtung 65.
Kostenbestimmungen, richterliche 187, 201, 314.
Kundbarkeit von Entmündigungsursachen vor der Entmündigung kann durch Beweismittel aller Art hergestellt werden 118.

Ladungsversagung, kann die Unterbrechung der gerichtlichen Verhandlungen und ungebührliche Verzögerung der Vergleichsunterhandlungen als solche angesehen werden? und Rechtsmittel dagegen 322.
Landesverweisung 93.
Landrechts-Sätze, S. 499 — 249; S. 503 — 117; S. 640, 642, 643 — 281; S. 682 — 77; S. 691 — 78; S. 837 — 304; S. 922 — 185; S. 1008 — 91; S. 1154 — 33; S. 1166 — 225; S. 1178 — 261; S. 1251 — 212; S. 1271 — 157; S. 1282 — 149; S. 1311 — 114; S. 1322 — 183; S. 1328, 1347, 1367 — 353; S. 1338, 1338 a — 114, 157; S. 1363 — 36; S. 1689 — 225; S. 1831 — 255; S. 2154 — 209.
Laukhard, Rechtsfälle mit Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichtshöfe. Recension 195.
Lebenslängliche Freiheitsstrafe 301.
Legitimation, Passiv-, 345, zur Sache beim Prozeß über getheiltes Eigenthum 255.
Licht- u. Aussichtsgerechtigkeit nach römischem u. französischem Rechte 349.
Lieferungsvertrag 332.
Liquiderkenntnisse 122.
Lotterie, Verhältniß des Unterkollekteurs zu den Spielern 156.

Meineid, Zeugenbeweis darüber 35.
Meisterrecht, ob die Erwerbung desselben nicht von der des Bürgerrechts abhänge? 251, 301.
Menschenleben, kann dessen Dauer ein Strafmaß abgeben? 301.
Minderjährige, ihr Pfleger 334.
Minderjährigkeits-Einrede 115.
Mord, aus Eifersucht 161.
Mordversuch 181.
Mündliches Verfahren bei den Untergerichten 9.
Münzfeilschaft 179.
Mundtodtmachung, auf Ansuchen des Mundtodtzumachenden 61.
Munke, Anmerkungen zu Zachariä's französ. Civilrecht. Recension 42.

Nachdruck, Gesetzesentwurf darüber 137.
Nichtauslieferung inländischer Verbrecher 94.
Nichtigkeit von Rechtshandlungen wegen Wahnsinns, Blödsinns ꝛc. 122.
Nichtigkeitsbeschwerde 239, die in der badischen Prozeß-Ordnung 337, in Strafsachen 333.
Notheid, bei einiger Beweiskraft der Urkunde 354.
Nutzeigenthümer, sein Klagrecht 256.
Nutznießung 111, vorbehaltene, in der Gant des Eigenthümers 227.

Obereigenthümer, sein Klagrecht, 256.
Offenbarungseid, Verfahren und Folgen, wenn seine Ausschwörung versäumt ist 133.

Pächter, seine Entschädigung für Zwangsabtretungen am Pachtgute 321.
Partei, keine kann einseitig über den Fortgang des Prozesses verfügen 8.
Pension, welche Staatsdienste berechtigen dazu nach der Civilstaatsdienerpragmatik von 1819, 339.
Pfandgericht, seine Haftbarkeit 278.
Pfister, Geschichtliche Entwickelung des Staatsrechts des Großh. Baden. Recension 197.
Pfleger, der besondere des Minderjährigen 334.
Prävention, im Gerichtsstand 93.
Preßgesetz, Anwendung des §. 10, 343.
Prozeßkosten, Versuch, die Entscheidung über den Ersatz der P. K. bei Untergerichten auf Grundsätze zu bauen 201, der Rechtsmittel bei Liquidation der — 187, 314.
Prozeß-Ordnung, eine Auslassung im §. 346, 8
Prozeß-Ordnung, §§. 5, 7, 14, 22, 21, 27, 32, 50, 53, 54, 56, 59, 69, 87, 95, — 100; §§. 114, 116,

Digitized by Google

118, — 305—310; §. 118, — 353; §. 175, — 314; §§. 216, 222, — 9; §§. 296, 297, — 57; §. 346, — 8, 157; §§. 373, — 123; §. 415, — 265; §. 433, — 183; §. 451, — 149; §. 550, — 262; §. 599, — 141; §. 606, — 279; §. 659, — 11; §. 786, — 65; §. 835, 904, 908, — 227; §§. 915, 925, — 87; §. 1030, — 276; §. 1163, — 132; §. 1172, — 279; §. 1175, 1177, — 249; §. 1230, 100, 1252, — 36; §. 1244, 187, — 314; §. 1254, — 157.

Purifikationsbescheide, Appellation gegen 279.

Quittungen, als Beweis gegen den Gewaltgeber des Zahlenden 183, des Cedenten gegenüber dem Cessionar 353, ihre Edition 68, stumme 19.

Rechnungen, ihre Edition wie die der Geschäftsbücher? 67.
„Rechten", das, der Verbeiständeten 249.
Rechtsmittel, in gerichtlichen Strafsachen 237, 332.
Rechtsstreitig, kann eine rechtskräftig für zugestanden erklärte Forderung als rechtsstreitig wiederholt eingeklagt werden? 29.
Rechtswandlung, der Schuld und des Schuldners 127.
Receßbescheide, sogenannte 212.
Regreßklage, gegen ein Pfandgericht 278.
Resolutivbedingung, während des Processes eingetreten, begründet für die Appellationsinstanz eine neue Einrede 175.
Restitution und Kassation in Strafsachen 237.
Revision ausländischer Strafurtheile gegen Inländer 95.
Richter, der Hauptsache, bei der Liquidation der Prozeßkosten 315.
Richterliches Ermessen, bei Strafen 53.

Sachlegitimation, des Obereigenthümers ꝛc. 255.
Sander, Obergerichtsärztliche Gutachten über tödtliche und nicht tödtliche Verletzungen. Recension 198.
Schenkung, wann kann der Beschenkte auf ein bestimmtes Objekt klagen? 225, Vorbehalte sind nicht zu Gunsten des Beschenkten einzuschränken 112.
Schiedsvertrag, seine Gültigkeit 153.
Schriftliche Vernehmlassung beim mündlichen Verfahren? 10.
Schriftvergleichung, ihre Wirkung 150.
Schuld, Wer eine durch Wettschlagung erloschene Sch. zahlt, hat er ein Klagrecht auf seine Gegenforderung oder steht ihm nur die Condictio indebiti zu? 206.
Schuldverlassung 149.
Seng, Erläuterungen zur gr. badischen u. Proceß-Ordnung. Recension 199, Katholische Kirchen-Commissions-Ordnung ꝛc. Recension 200.
Söldner, ihre Ansprüche gegen die Bauern 144.
Staatsanwalt, in Preßsachen 343, sein Recursrecht gegen hofgerichtliche Urtheile im Denunciationsproceß 171, 271.
Staatsanwaltschaft 293.
Staatsanwälte, Bezirk ihrer Wirksamkeit 189.
Staatsverträge in Jurisdiktionssachen 306.
Stabel, die Nichtigkeitsbeschwerden in der badischen Proceßordnung. Recension 337.
Stillschweigende Einwilligung der Gemeinde bei Zehntablösungen, nicht zulässig 130.
Störung, gewaltsame des Gottesdienstes 180.
Strafgeding, verwirkt, wenn der Schuldner in Verzug gesetzt ist 52.
Strafgesetzentwurf, Badischer — und Zachariä 53.
Strafsachen, Rechtsmittel in 237, 332.
Strafschärfung, wegen concurrirenden Verbrechens 182.
Straßengesetz, über den Entwurf des 325.
Streitgenossen 309.
Streitverkündung 310.

Testament, Anfechtung eines öffentlichen T. 357, kann ein nichtiges T. doch als Widerruf eines frühern gelten? 243.
Testamentszeugen, Beweis durch dieselben, daß nicht alle T. gegenwärtig waren 213, zum Beweis einer Fälschung 357, ihre Nothwendigkeit bei dem ganzen Akt eines öffentlichen letzten Willens 243.
Thatbestand, objektiver und subjektiver 38.
Thilo, die Controversen des französ. Civilrechts nach Belleux. Recension 258, das französ. Civilgesetzbuch und Handelsrecht erläutert ꝛc. Recension 42, Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großh. Baden. Aus Quellen ꝛc. Recension 348.
Titel, inwiefern Gesetz und Verjährung den T. einer unständigen Dienstbarkeit bilden 80.

Uebereinkunft, gütliche, bei Zehntablösungen 128, 130.
Unterpfandsrecht, von welchem Tage an wirkt das bedungene 277.
Untersuchungsrichter, hat auch die Rolle des Vertheidigers 50.
Unziemliches, in den Eingaben an Gerichte 40.
Urkunden, Beweiskraft als ächt erklärter Privat-U. 229, 273, Beweiskraft der U. gegen Dritte 183, 333.
Urkunden-Eigenthum und -Miteigenthum, Betrachtungen über 67.
Urkundenherausgabe, im Falle der Proceß-O. §. 786, 4, — 65.
Urtheil, über einen Dieb, aus dem vorigen Jahrhundert 28, über die Liquidität einer Forderung begründet Unterpfandsrecht 124, verdammende, lossprechende Straf-U. 237.

Verbrechen, im Ausland verübt 160.
Verfahren, verletzte Vorschriften 146.
Vergelübdung 76.
Vergiftung 283, 292.
Vergütungspflicht 165.
Verhaftung, von Zeugen zur Vermeidung der Collusion? 38, im Zuchthaus 292
Verjährung, erlöschende der Entschädigungsklage 83, ersitzende, bei unständigen Dienstbarkeiten 77, unfürdenkliche, Beweis derselben 283, 331, einer Wassergerechtigkeit 281.
Vermittelungsrecht der Ortsvorgesetzten 341.
Vermögensübergabe, an die Form der Schenkung gebunden 84.
Vermuthungen, Beweis durch 151.
Versäumniß der Beweisantretung 265, des Vollzugs eines rechtskräftigen Urtheils 133.
Vertheidigung, Recht der V. im Denunciationsproceß 51.
Vertheidigungsbescheid, in Gantsachen 87, kein eigentliches Urtheil 124.
Vertrag, Auslegung 261.
Vertragsentwurf, Verbindlichkeit aus einem 157.
Verwandtschaftsverhältniß, zwischen Oheim und Nichte in Betreff der Ehe 292.

Digitized by Google

Verzicht, auf den privilegirten Gerichtsstand in Ehrenkränkungssachen 136, auf eine Klage 157.
Verzug, bei Strafgedingen 51.
Vorsprechen, bei Fertigung des öffentlichen letzten Willens 357.
Vortheilsgerechtigkeit, nach dem Gesetz von 1808, 83.
Wassergerechtigkeit 281.
Wechsel, der Bezogene und Acceptant soll dem Inhaber als Hauptschuldner, die Indossanten und der Aussteller als Bürgen für die Wechselzahlung haften 148.
Weggerechtigkeit 77.
Wehrer, alphabetisches Repertorium der Verordnungen ꝛc. Recension 40.
Weiderecht, der Söldner, 144.
Weiler, v., Motive zum Entwurf der Proceßordnung. Recension 257.
„Werth erhalten", bei Wechseln, ohne Angabe, worin der Werth bestanden 64.
Wettschlagung, Einreden derselben zum gesonderten Austrag verwiesen 253
Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt 312.
Wiederherstellung, in Strafsachen 237, 334.
Wiederherstellungserkenntnisse, Rechtsmittel dagegen? 134.
Wiederherstellungsklage, in Folge versäumten Vollzugs eines rechtskräftigen Urtheils 133, mündlich oder schriftlich 11, statthaft, wenn im Wege des Strafprozesses der Meineid erwiesen wurde 36.
Wohnungsberechtigte, können andere Personen zu sich in die Wohnung aufnehmen? 111, Wittwen, dürfen gesetzlich den neuen Ehemann in die Wohnung aufnehmen 113.
Wohnungsrecht 104.

Zachariä und der badische Strafgesetzentwurf 53.
Zahlungsbefehl, Erwirkung eines bedingten Z. ist auch eine Einklagung, und begründet alse Zinsen von Zinsen 33.
Zehntablösungsgesetz, §§. 53—56, 127.
Zehntherr, kirchenbaupflichtiger 125.
Zeitschriften, Pflicht des Herausgebers zur Aufnahme von Berichtigungen? 343.
Zentner, Andeutungen über Gerichtsverfassung. Recension 259.
Zeugenbeweis, beim Verbrechen des Meineids, der über ein nicht durch Zeugen zu erweisendes, privatrechtliches Geschäft geleistet worden ist 35.
Zeugenverhör, im Denunciationsproceß, Justizministerial-Erlaß über das 50.
Zinsen, muß der Anleiher die bedungenen Zinsen nur auf die bedungene Vertragszeit oder bis zur Rückzahlung des Kapitals entrichten? 29, vom Zehntablösungskapital 130.
Zollfreiheit, Entschädigung für standesherrliche 227.
Zollstrafsachen, Kompetenz in 142.
Zustand, der, einer Liegenschaft ist integrirender Bestandtheil derselben 187.
Zwangsabtretungsgesetz, §. 26, 321.

Register

zum Beiblatt der Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte von 1841.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Abtretung an Zahlungsstatt, begründet ohne Uebertragung des Besitzes schon Eigenthum? 38.
Adoptivkinder, können die Schenkungen, welche die Adoptirenden sich im Heirathsvertrag machten, des Pflichttheils wegen anfechten? 25.
Anerkennungs-Urkunde, enthält das Wesentliche der Verbindlichkeit 29.
Anfang schriftlichen Beweises, einige Fälle über 36.
Anschwemmungen, zu Zeiten durch Wassergräbchen getrennt, gehören doch zum Eigenthum des Uferbesitzers 3.
Anstöße einer fremden Mauer können deren Gemeinschaftlichkeit bei den Gebäulichkeiten außer dem Rechtsverkehr nicht erwerben 10.
Auflösung des Vertrags, statt ihrer kann der Richter Aufschub zum Vollzug bewilligen 4.
Ausländer, vor inländischem Gericht als Mitglied einer Gesellschaft, die im Ausland ihre Niederlassung hat 43.
Aussicht, die Anlegung eines Fensters wahrt das Recht 29, geschmälert durch Errichtung eines Glasdachs vom Nachbar 32, gibt 30jähriger Besitz auch das Jus altius non tollendi? 10.
Balkon, gerade oder schräge Aussicht? 11.
Banholzrecht, verjähret wie jede unständige Dienstbarkeit 2.
Bäume, schon 30 Jahre in gesetzwidriger Grenz-Nähe —: nimmt dem Nachbar das Klagrecht, gibt aber dem Besitzer kein Recht, neue gesetzwidrig an die Stelle der vorhandenen zu bringen 9.
Besitzer, Wer wissentlich und ohne Einhaltung der gesetzlichen Förmlichkeiten das Grundstück eines Minderjährigen kauft, wird nicht redlicher B. 5.
Besitzer, der dritte, hat zur Ersitzung der Freiheit von

Digitized by Google

Pfandlasten den guten Glauben nöthig? 29, verliert durch Notificirung seines Erwerbtitels an die Gläubiger nicht seine besondere Verjährung 43.
Bestand, mündlicher, Beweis desselben und Beweis seines Vollzugs 31.
Bestimmung, der B. nach unbeweglich gewordene Sachen, unterliegen nicht Dem auf dem Gut haftenden Unterpfandsrecht, wenn sie der Eigenthümer verkauft und förmlich übergeben hat 41, Rückforderung der verpfändeten — ? 30.
Betrug, Zulassung von Vermuthungen in Folge eines 40.
Beweis, Civil-B. einer Kriminaluntersuchung entnommen 40, des Klaggrunds bei neuer Scheidungsklage 18.

Cession, Nothwendigkeit ihrer Bekanntmachung 36.
Competenzconflict, über die Hemmung flößbaren Wassers 22.
Contocorrent, rechtliche Natur desselben 11.

Dienstbarkeiten, ihre Aenderung behufs der Vornahme nützlicher Verbesserungen 40, für ihre Beschränkung hat der jeweilige Eigenthümer des dienenden Guts zu entschädigen 3, ersitzbare und nicht ersitzbare, Unterschied bei der Beweislast 6, in deren Besitz das veräusserte Gut gegen anderes Eigenthum des Verkäufers ist, sind vertragmäßig dem Käufer erworben 15, ihr Fortbestand, wenn der Eigenthümer der zwei Grundstücke das eine veräussert, besonders bei der Widmung 35, ihre Veränderung durch Ersitzung 28.
Dienstbarkeitsklagen, der Besitzkläger muß ein Jahr lang ruhig im Besitz gewesen sein, doch sind Besitzhandlungen während des letzten Jahres nicht erforderlich 10, Legitimation zur Sache bei 9.

Ehe-Eingehung eines Verbeiständeten und ihre Vermögensfolgen beim Mangel eines Ehevertrags 21.
Ehefrau, hat, ohne Unterschied ob in bewidmeter oder Gemeinschafts-Ehe, für ihre Ehevertragsforderungen neben dem Vindicationsrecht auch ein gesetzliches Unterpfandsrecht 4, ihr gesetzliches Pfandrecht aus dem Ehevertrag wegen eventueller Vortheile 43.
Ehesteuergüter, der bewidmeten Ehe 27, ihre ehevertragsmäßige Verpfändung ist gültig 43, können wegen Vergehen der Frau veräussert werden 28, Nichtigkeit ihrer Veräusserung wegen überschrittener Ermächtigung 40, Rechte der Frau wegen im Ehevertrag geschenkter, aber nicht eingetragener Liegenschaften 37, Unveräusserlichkeit ihrer Einkünfte 26, 36, sind nicht zu verpfänden, wenn auch das Gesetz den Verkauf erlaubt 24.
Ehe-Vertrag, bricht Gesetz 43, dessen Eintrag unterblieben ist 37, Zeugenbeweis, daß er nach der Hochzeit geschlossen 42.
Eideszuschiebung, im Scheidungsproceß unzulässig 18, zulässig zum Vergleichsbeweis 23.
Eigenthum, eines Schieferbruchs läßt nicht auch das der Oberfläche vermuthen 2.
Eigenthümer, des obern Stocks, kann ohne Einwilligung des E. vom Erdgeschoß ein weiteres Stockwerk bauen 7, eines Parks, ist zur Erschießung des fremden Hands berechtigt, wenn ihm Schaden droht? 34.
Einlösung betrügerisch cedirter bestrittener Erbschaftsansprüche 40.
Einstandsrecht, der Miterben 24.
Einweisung in die Rechte des Gläubigers 1.
Einwerfung, eines mit Beding von Leibrente ꝛc. übergebenen Vermögenstheils auf Antrag eines Nachgebornen 37, der Einstandssumme vom Sohne, wenn im Familieninteresse der Mann für ihn gestellt wurde? 23, einer versteckten Schenkung 30.
Erbabtheilung, Anwendbarkeit des S. 883, 2.
Erbantretung, vorsichtige, ihre Wirkung, wenn der Erbe später unbedingt antritt 32.
Erbe, der angetreten, kann nicht mehr verzichten 7, der gesetzliche, kann, nachdem seine testamentarische Einsetzung nichtig erklärt ist, die neue Theilung von Fahrniß und Liegenschaften verlangen 39, die Subrogation der Miterben kommt ihm zu Gute 3, der vermeintliche, kann ein Grundstück an einen redlichen Erwerber dem wahren Erben gegenüber gültig veräussern? 8, der, welcher der Einsprache Anderer ungeachtet als alleiniger Erbe die Verlassenschaft veräussert, haftet den Miterben für ihren Antheil am wahren Werth 16 (S. auch Aussicht, Baubolz, Lichtöffnungen, Wasser ꝛc.).
Erbpfleger, wird nur für lediges Erbe bestellt 42.
Erbrentevertrag, vor Einführung des Code geschlossen 34.
Erbschaft, ihre Abtretung vom Erben zu Gunsten der Gläubiger ist nicht Verzicht auf die Erbschaft 38, ihre Annahme durch Geschwister schließt die Ahnen vom Vorbehalte aus 28, die Befugniß, sie anzutreten oder auszuschlagen, erlischt durch Verjährung 23, vom Staate reclamirt, ist keine ledige 42.
Erbverzicht 41.
Ermächtigung, allgemeine, bei Ehegatten 36, ehemännliche, ihr Mangel kann nicht von Dritten geltend gemacht werden 1, gerichtliche, der Frau incidenter ertheilte, beschränkt sich auf die Instanz 42, später vom Familienrath ertheilt, macht das Geschäft des Vormunds nicht gültig 13.

Fahrniß, durch Bestimmung unbeweglich geworden 30, 41.
Faustpfandvertrag, Anwendung der Verordnungen über F. auf Handelsgeschäfte ꝛc. 25.
Fracht, ihr Vorzugsrecht auf Waaren 34.
Freiheit von Pfandlasten ersitzt der dritte Besitzer in der Zeit welche zur Eigenthumsersitzung nöthig 29.
Früchteersatz, wenn die Früchte nicht mehr in Natura vorhanden sind 12.

Gant, Handels-G. wird nicht durch Einwilligung der Gläubiger beseitigt 23, des Theilhabers einer Verbindung auf Gewinn und Verlust trifft nicht das noch im Stück vorfindliche alleinige Eigenthum der andern 1, wird nicht auf das Dasein nur eines Gläubigers erkannt 23.
Gemeindeweiderecht, sind im Rechtsstreit darüber die Einzelnen oder die Gemeinde zur Sache legitimirt? 9.
Genehmigung des Geschäfts vom Umstoßberechtigten setzt Kenntniß der Fehler desselben voraus 7.
Geschäftsführung 33.
Geschäftsbaus (fonds de commerce), der Verkäufer eines solchen darf in der Nähe kein gleiches Geschäft errichten 5.
Gesellschaft, allgemeine, zwischen Personen, welche sich nicht wechselsweise beschenken sollen ꝛc. 14, ihr Gerichtstand erlischt erst mit der Liquidation 43.
Gläubiger, kann er einen ältern Vertrag des Schuldners als zum Abbruch seiner Rechte unternommen anfechten? 8, tritt durch Befriedigung des andern G. kraft Gesetzes in dessen Rechte 38.
Gewährleistung, findet nicht statt, wo der Käufer von der Ersitzung Dritter wußte 43, Quem de evictione ꝛc. 39, 41.

Digitized by Google

Gültigkeitserklärung, steht einer neuen Klage wegen Vertragsunfähigkeit der Partei nicht entgegen 12.
Gütergemeinschaft, welchen Einfluß hat die Trennung der Ehegatten auf die Belostung der GG.? 25.
„Gut", sind die Ehefrauen der Ackersleute ꝛc. von diesem Zusatze zur Schuldurkunde frei? 32, die Schuld-Urkunde ohne diesen Zusatz begründet einen Anfang des schriftlichen Beweises und kann selbst vollbeweisend sein 13.
Gutstehen für die Genehmigung des Andern verpflichtet bei deren Ausbleiben zur Entschädigung 14.

Handelsgeschäft ist es, wenn der Handelsmann entlehntes Geld in seinem Handel verwendet 14.
Handelsrecht, das über Waarenzurücknahme in Handelsgauten ist auf Waaren zu beschränken 7.
Handelsvertrag, faktischer, ohne schriftliche Abfassung und Streitigkeiten aus solchem 11.
Honorar der Schiedsrichter in Handelssachen 28.

Kaufpreis, enthält die Klage auf dessen Zahlung einen Verzicht auf die Vertragsauflösung wegen Nichtzahlung? 34, das Recht auf Ergänzung oder Minderung desselben verjährt in Jahresfrist, auch wenn es im Vertrag bedungen 39.
Kind, Anerkennung steht dem pater est, quam nuptiae etc., nicht entgegen 27, 36, ist ein während der Trennung der Ehegatten empfangenes und gebornes K. als ehelich zu betrachten? 9.
Kindschaft, ihr Beweis behufs eines Erbrechts wird durch alle überhaupt zulässige Beweismittel geführt 10.
Klage auf Vertragsauslegung ohne Bezweckung eines wirklichen Interesses ist vor Gericht unzulässig 22.

Ladung, des Mannes und der Frau, ist besonders auszufertigen bei verschiedenem Interesse derselben im Rechtsstreite 15.
Lebenslängliche Dienste, können vom Arzt vermiethet werden? 16.
Lehrmeister, hat ein Klagrecht gegen das Kind, wenn die Eltern nicht zahlen? 30.
Lichtöffnungen, begründen an sich weder das Aussichtsrecht, noch den Ausschluß vom Erwerb der Mauergemeinschaftlichkeit, 3, an Gebäulichkeiten ausser dem Verkehr, hindern den Erwerb der Mauergemeinschaft, soweit ihr Bestand beeinträchtigt würde 10.
Lustseuche-Ansteckung, wissentliche, — Scheidungsgrund 18.

Masse, die, ist für die Prozeßkosten verbindlich, nicht ihre Vertreter 22.
Mehrwerth, durch Verwendungen, bemißt sich nach dem Zustande des Guts bei der Rückgabe 4.
Meister, leidet nicht zu Gunsten seines von einem Mitarbeiter beschädigten Arbeiters 5, trägt den Schaden des minderjährigen Arbeiters, nicht die Eltern desselben 30.
Miethe, findet wegen untersagter Aftervermiethung ihre Auflösung statt? 43.
Minderjährige, die durch Heirath gewaltentlassene kann mit Zustimmung des Mannes Steigschillinge cediren 38.
Minderjähriger, Antieben des gewaltentlassenen M. ohne die gesetzlichen Förmlichkeiten sind absolut nichtig? 5, Berechnung dessen, worüber er nach dem 16. Jahre testiren kann 8, kann nur er eine neue Theilung fordern? 17, Pfandrecht desselben 19; seine Umstoßungsklagen, aus eignen und Vormunds-Handlungen 19, — — sind keine höchst persönliche Rechte 5, — — finden schon wegen Verkürzung statt 4, Verpfändung einer Liegenschaft vom M., Genehmigung derselben nach erlangter Großjährigkeit und nochmalige Verpfändung 20.
Minderungsklage 18.
Mundtodter, Beweiskraft des von ihm anerkannten, vor der Mundtodterklärung gefertigten Schuldscheins 21.

Natürliche Kinder, ihre Anerkennung vom Vater ohne Angabe und Geständniß der Mutter 10, sind in ihrem Erbrecht nicht auch zu Gunsten der Erbvermächtnißnehmer beschränkt 7, 28. S. auch: pater est etc.
Negatorienklage, Beweislast bei der 6
Nichtigkeiten, wegen Vertragsunfähigkeit einer Partei, wegen Betrugs ꝛc., klagend oder einredend geltend gemacht 12.

Pachtminderung, wegen Abnahme der Wassertriebkraft 20.
Pater est, quem nuptiae demonstrant 27, 36.
Pfandeinschreibungen sollen die Veräußerungsverträge ihrem ganzen Inhalt nach enthalten 25.
Possessorisch obsiegliches Urtheil macht den Besitzer noch nicht zum redlichen B. 12.
Preis, der, einer nicht gemeinschaftlichen Liegenschaft muß dem Ehegatten, der Eigenthümer ist, ersetzt werden? 26, Nichtzahlung desselben, bei Fahrnlß 30.

Rechtsfolger, von ihm neu erworbene Rechte werden nicht durch die frühere Aufgebung eigner gleicher Rechte beeinträchtigt 42.
Rente, kann nur der persönliche Schuldner auf Ausstellung einer neuen Urkunde belangt werden? 22, Recht des Gläubigers auf Ablösung derselben 38, ungültige, weil auf künftige Erbschaft bedungen 41.
Rentekauf, wegen Verkürzung anfechtbar 24.
Res judicata 12.

Sammtverbindliche Einwilligung der Frau enthält den Verzicht auf ihr Unterpfandsrecht 12.
Scheidewand, die Bauverbindlichkeit wird streng ausgelegt 24, früher vereinigter Häuser 40, Kosten der Gemeinschaftlichkeit 24, kann man sich davon durch Verzicht auf Boden und Gemeinschaftlichkeit frei machen 24, in Städten nicht durch eine Hecke ersetzt 24.
Scheidung von Tisch und Bett, hat für den schuldigen Theil den Verlust der vom andern erlangten Ehevortheile zur Folge? 18.
Schenkung, an Abkömmlinge des natürlichen Kindes 38, ihre Anfechtung wegen Abbruch der Rechte der Gläubiger 36, von Eltern zur Ehe auf Ueberleben ist resolutiv bedingt 38, haftet der Beschenkte auch für die vorhandenen Schulden des Schenkers? 31, 32, an Kinder des Gatten aus früherer Ehe ist eine versteckte 26, des Vermögens ohne Verzeichniß beläßt dem Schenker das Recht oneroser Verfügung 38, versteckt unter onerosem Titel 30, des Vormunds an den Mündel fordert einen tutor ad hoc 17, ihre Widerrufsfrist läuft, als Verjährung, nicht unter Ehegatten 28,
Schenkungsannahme, geschieht in bestimmten Ausdrücken 7.
Schiedssprüche über bereits erhobene Theilungsstreitigkeiten unterliegen als der Rechtskraft empfänglich nicht der Anfechtung wegen Verkürzung 3.

Digitized by Google

Staatsschatz, der, erlangt nie einen Vorzug zum Abbruch früher erworbener Rechte Dritter 23.
Staatsschreiber, ihre Verantwortlichkeit bei Testamenten 20.
Stand, bürgerlicher 2, 12, 27.
Streitige Forderungen, in der Lehre von der Cession 30.

Tausch, findet wegen Entwährung die Rückforderung des vertauschten Gutes gegen den dritten Besitzer statt? 27.
Testament, (eines Cholerakranken) nichtig, wenn nicht vorgesprochen und in Gegenwart des Testators niedergeschrieben 32, die Erklärung „man könne nicht unterschreiben", bei der Fertigung des 32.
Testamentsanfechtung, wegen Aftererbeinsetzung 2.
Testamentsdatum, kann aus dem Testament verbessert werden 15.
Testamentsurkunde, muß die Absicht einer Verfügung auf den Todesfall aussprechen 23.
Testamentszeuge, Irrthum über dessen Qualification 20.
Theilbau, ist der Verpacht auf Th. ein Pacht- oder Gesellschaftsvertrag? 29.
Theilung, Anfechtung der vollzogenen Th. durch den Gläubiger wegen Betrugs 30, ihre Anfechtung nach Veräußerung des Looses 20, besondere, ihre Folge 41, ihr Beweis beim Mangel einer Urkunde 30, einer ehelichen Gemeinschaft 21, nur endgültig, wenn urkundlich vollzogen 26, 30, des Genusses, hindert nicht die Forderung der Eigenthums-Th. 15, fürsorgliche, wer kann sie anfechten? 17, in Natura, nach Stämmen 21.
Theilungsakte über einen Theil der Gemeinschaftsmasse unterliegen nicht der Verkürzungsklage 17.
Theilungsklage, unterbricht die Verjährung für den Kläger nicht für den Miterben 27.

Umstoßung der Erbantretung wegen Betrugs 4.
Umstoßungsklage, des Minderjährigen auch vom Gläubiger geltend gemacht 5, des Minderj. aus eignen und Vormundshandlungen 19, unstatthaft gegen gefährdelose Erbschaftsveräusserung an Miterben 16, ihre Verjährung fehlt, wo der Vertrag nicht erfüllt ist 5, hinsichtlich des Verzichts auf die Verlassenschaft eines Lebenden verjährt in 30 Jahren?! 9.
Unkörperliche Rechte, ihr Verkauf 13.
Unterpfandsrecht, gesetzliches der Ehefrau für den Unterhalt des Trauerjahres 3, (s. auch Ehefrau und Ehesteuergüter!) des Minderjährigen (siehe Minderjähriger!), Subrogation, Verzicht auf den Vorrang ꝛc. 13, auf zukünftige Güter, kann der Schuldner ohne alle Liegenschaft nicht geben 7.

Veräusserung einer gemeinschaftlichen Sache behufs der Eigenthumsvereinigung in einer Hand ist der Auflösung wegen nicht gezahlten Preises nicht unterworfen 6.
Vergleich, über Standesansprüche findet nicht statt 2, — hat auch die Nichtigkeit in Betreff der pecuniären Interessen zur Folge? 12.
Verhaft, persönlicher, Verzicht auf ein Rechtsmittel dagegen ist nichtig! 22.
Verjährung, der Ehesteuergüter-Veräußerung läuft nicht, so lange die Klage der Frau auf den Mann zurückwirken würde 34, 6monatliche der Wirthsforderungen 1, die 10jährige wird gehemmt durch den Eintritt eines Minderjährigen in die Stelle des Klagberechtigten 19, ihre Unterbrechung verwandelt nicht die 5jährige Versitzung aus S. 2277 in 30jährige 7, der Verkürzungsklage 19.
Verkürzung 4, 24, der Richter ist bei deren Beweis nicht an das Gutachten der Sachverständigen gebunden 34 ꝛc.
Verkürzungsklage gegen elterliche Theilung 19.
Verlassenschaft, Verpflichtungen auf die V. eines Lebenden sind nichtig 7.
Verleugnung eines Kindes kann nach Jahren erfolgen, wenn der Vater keine Gewißheit von dessen Geburt hatte 4.
Vermögensabsonderung, was ist Unterbrechung ihres Vollzugs 29.
Vertrag, doppelseitiger, zu fortlaufenden Leistungen kann nur ex nunc sich auflösen 15, zwischen Mündel und Vormund vor gestellter Rechnung wird durch Erfüllung nicht von seiner Nichtigkeit geheilt 7, nichtig, wenn von künftiger Erbschaft abhängig 41.
Verwaltungsrecht des Mannes über die verliegenschaftete Fahrniß der Frau 44.
Verwendungen, des mala fidei possessor und ihre Verzinsung 33.
Verzicht auf Schenkungsanfechtung, eine verbotene Stipulation über künftige Erbschaft 2.
Verzinsung, ob und von welcher Zeit der Kläger das empfangene und in Folge abändernden Urtheils dem Beklagten zurückzugebende Geld verzinsen muß? 15.
Vollzug von Testament und Schenkung durch die Erben gilt als Verzicht auf jeden Einwand 17, ist er auch Verzicht auf die Minderungsklage wegen Pflichttheilsverletzung 17.
Vorbehalt bei der Erbantretung 7.

Wasser, durchströmendes, darf nicht gehemmt werden 6, der Besitzer des durchströmten Grundstücks darf auch für das mit diesem von ihm vereinigte rückwärtsliegende Grundstück das Wasser verwenden 23, Hemmung des floßbaren Wassers 22, der Genuß des vom höhern Grundstück abfließenden Regen-W. führt nicht zur Ersitzung 27, richterlicher Anschlag des landwirthschaftlichen Vortheils findet hinsichtlich des Quellen-eigenthums nicht statt 36, vorbeifließendes, das gesetzl. Recht seiner Benutzung weicht anderm Titel 6.
Wiederkaufsrecht, gegen seine Veräusserung ist die Verkürzungsklage nicht zulässig 24.
Wirth, haftet für Diebstahl auch am Fuhrwerk des Gastes vor dem Gasthofe? 27.

Zahlung, doppelte, des Kaufpreises, ohne Klage wegen Zahlungsungebühr 40.
Zinsen, kann man ihre Kapitalisirung vorausbedingen? 31.
Zinsrückstände, während des Processes eingeklagt, tragen von dieser Klage an Zinsen 4.
Zinsschuld Dritter aus dem Ehevertrag kann der Mann nicht nachlassen 28.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 1. Karlsruhe den 2. Januar 1841.

I.

Einige Betrachtungen über die Umgehung der Bieraccise.

Seit einiger Zeit haben sich die Untersuchungen wegen Umgehung der Bieraccise sehr vermehrt (es kamen neulich von einem Amt auf einmal zehn solcher Untersuchungen ein), und es geht aus ihnen eine solche Verschiedenheit der Ansichten der Bierbrauer über das, was ihnen nach dem Gesetze zu thun freisteht, und der Aufsichtsbehörden über das, was eine Uebertretung der Bieraccise darstellt, hervor, daß es nicht unräthlich seyn wird, diesen Gegenstand einer näheren Erörterung zu unterwerfen.

Früher bestand bei uns als Abgabe für das Bier die Malzaccise. Durch das Gesetz vom 14. Mai 1825 wurde sie aber aufgehoben und dafür eine Abgabe von 13 fl. für das Fuder Bier nach dem Kesselinhalt eingeführt. Lange scheint diese Abgabe, wornach von der Stütze des Kesselinhalts ungefähr 7¾ kr. erhoben wurden, nicht bestanden zu haben, denn schon die Vollzugs-Verordnung vom 22. Sept. 1825 führte als die wirklich zu erhebende Steuer ein, daß jeder Biersutt mit 6 kr. von der Stütze Kesselinhalt zu versteuern sei, wornach also vom Fuder Bier 10 fl. erhoben wurden, da 100 Stützen ein Fuder sind, und auch diese Abgabe ward wieder durch die Verordnung vom 12. Okt. 1837 auf 5 kr. für die Stütze Kesselinhalt herabgesetzt, so daß gegenwärtig vom Fuder Bier nach dem Kesselinhalt 8 fl. 20 kr. erhoben werden.

Diese Herabsetzung der Bierabgabe scheint aus der Betrachtung hervorgegangen zu seyn, daß der gefüllte Bierkessel seinen Inhalt nicht als eben so viel Bier wiedergibt, sondern daß davon durch das Kochen ein Theil sich verflüchtigt und man also nur von dem übrigbleibenden, in den Verbrauch übergehenden Kesselinhalt als dem wirklichen Bier die Steuer erheben könne. Man scheint eine Art Berechnung angestellt zu haben, wie viel von dem ursprünglichen Kesselinhalt sich während der Bierbereitung verflüchtige, und wird als Ergebniß, wenn auch nicht gefunden, doch einmal angenommen haben, daß, wenn man den Biersutt mit 6 kr. und später mit 5 kr. für die Stütze Kesselinhalt anstatt mit 7¾ kr. versteuere, wenn man also anstatt 13 fl. für das Fuder Kesselinhalt nur 10 fl. oder jetzt nur 8 fl. 20 kr. erhebe, man mit diesem Nachlaß das aufwäge, was sich während des Kochens verflüchtigt. Man sieht übrigens daraus, daß die Verflüchtigung noch im Zunehmen ist, und daß sich von der ursprünglichen gesetzlichen Bieraccise von 13 fl. für das Fuder Kesselinhalt, anstatt wie früher 3 fl., nunmehr 4 fl. 40 kr. verflüchtigen.

Fragt man nun nach der Gesetzeskraft dieser Biersteuer von 8 fl. 20 kr. für das Fuder Kesselinhalt, so kann man eine solche nicht annehmen. Das ursprüngliche Gesetz vom 14. Mai 1825 bestimmte eine Abgabe von 13 fl. für das Fuder Kesselinhalt. Jetzt werden nach der Regierungsverordnung vom 12. Okt. 1837 8 fl. 20 kr. von dem Fuder Kesselinhalt erhoben, also weniger, also ist das ursprüngliche Abgabegesetz abgeändert, was wohl nach unzweifelhaften Bestimmungen der Verfassung durch eine einseitige Regierungsverordnung nicht geschehen kann. Man wird zwar sagen wollen, die Verordnung vom 22. Sept. 1825, so wie die vom 12. Okt. 1837 sei keine Veränderung des ursprünglichen Gesetzes vom 14. Mai 1825, denn dadurch, daß dieses Gesetz eine Abgabe von 13 fl. auf das Fuder Bier lege, habe es keine solche Abgabe auf jene im Kessel befindliche Flüssigkeit legen wollen, welche noch kein Bier sei. Von dieser Flüssigkeit verflüchtige sich ein Theil, und da man also vom Fuder ursprünglichen Kesselinhalts kein Fuder Bier erhalte, so müsse man die Steuer für den ursprünglichen Kesselinhalt so weit herabsetzen, bis man den Theil des Steuersatzes von 13 fl. für das Fuder Bier treffe, welchen Theil eines Fuders Bier man aus der ursprünglichen Flüssigkeit im Kessel erhalte. Von dem ursprünglichen Kesselinhalt verflüchtige sich aber während der Bierbereitung ein Drittel, man erhalte also von einem Fuder Kesselinhalt nur ⅔ Fuder Bier, und deßhalb müsse man an dem Abgabesatz von 13 fl. für das Fuder Bier, so wie

Digitized by Google

man den Kesselinhalt unterlege, auch ein Drittel abziehen, und könne also nur 8 fl. 20 kr. als die zwei Drittel der Abgabe von 13 fl. per Fuder Bier erheben, welche man für die nur wirklich erhaltenen $^2/_3$ Fuder Bier aus einem Fuder Kesselinhalt zu entrichten habe. Man wird daher die Abgabe von 8 fl. 20 kr. nur eine andere, mehr der Wahrheit entsprechende Berechnung der gesetzlichen Accise von 13 fl. für das Fuder Bier nennen wollen; allein mit Unrecht. Das Gesetz vom 14. Mai 1825 spricht nicht von dem Bier, was fertig und bereitet in den Keller kommt, sondern von dem Bier nach dem Kesselinhalt, also von der Flüssigkeit, welche der Kessel zur Bierbereitung faßt und enthält, und führt dafür die Steuer von 13 fl. per Fuder oder 7$^1/_4$ kr. per Stütze ein. Man wird bei diesem Gesetz auch gewußt haben, daß sich von einer stundenlang kochenden Flüssigkeit ein Theil verflüchtigt, und wenn man doch 13 fl. für das Fuder Kesselinhalt angesetzt hat, so wollte man eben die ursprüngliche Flüssigkeit, woraus das Bier bereitet wird, mit dieser Steuer belegen, und sich nicht auf die so höchst ungewisse, hier alle Zweifel erregende Annahme einlassen, daß man von dem ursprünglichen Kesselinhalt nur das zu versteuern hat, was als wirkliches Bier übrig bleibt, und daß man daher den Steuerbetrag für den ursprünglichen Kesselinhalt um so viel herabsetzen muß, als sich von der ursprünglichen Flüssigkeit während ihres Kochens verflüchtigt. Wenn man solche Abänderungen des Gesetzes vom 14. Mai 1825 zulassen will, so könnte auch die Regierung mit gleichem Recht die ganze jetzige Bieraccise aufheben und dafür die Malzaccise einführen. Gleichwie die ursprüngliche Flüssigkeit im Kessel, gleichwie das Wasser zum Bier in einem Verhältniß steht, und leider sei es gesagt, bei uns in einem großen, so steht auch das Malz in einem Verhältniß zum Bier. Man kann ganz wohl annehmen, so viel Malz gehört zu einem Fuder Bier, und wenn nun das Fuder Bier 10 fl. Steuer zahlen soll, so kann man ohne alle Veränderung dieses Steuersatzes eben so gut sagen, da 1000 Pfd. Malz zu einem Fuder Bier gehören, das Fuder Bier aber 10 fl. Steuer zahlt, so wird diese Steuer dadurch erhoben, daß man von 100 Pfd. Malz 1 fl. Steuer entrichten läßt. Die Biersteuer von 10 fl. für das Fuder wäre hierdurch nicht geändert und doch wäre eine ganz andere Steuer eingeführt, weil es bei den Steuern nicht allein auf ihre Höhe an sich, sondern auch auf ihre ganze Erhebungsweise und insbesondere auf den Gegenstand ankommt, von dem sie als Factor ihrer Größe berechnet wird. Mit dem gleichen Recht könnte man auch einen Zollsatz, der vom Tuch nach dem Gewicht erhoben wird, in einen Zollsatz nach der Elle verändern.

Doch dem sei wie ihm wolle. Ich habe schon zu oft die Erfahrung gemacht, daß man die Frage über die verbindliche Kraft von Regierungs-Verordnungen nicht nach den Sätzen des Rechts und der Staatsverfassung, sondern nach dem Standpunkt seiner politischen Meinungen und Ansichten beurtheilt. Die Verordnung vom 12. Oktober 1837 besteht einmal, wenn auch nicht in verbindlicher Kraft, doch in einer kräftigen Wirklichkeit, und es frägt sich nur, wann und wie dagegen eine Defraudation der darin festgesetzten Abgabe vorkommt, und worin insbesondere nach den Ansichten der Aufsichtsbehörden eine solche Defraudation liegen soll, die manchmal so weit gehen, daß jeder Bierbrauer nothwendigerweise bei jedem Biersutt als Defraudant gestraft werden sollte.

Wie oben gezeigt, so ist die jetzige Biersteuer darauf berechnet, daß von dem Inhalt des Kessels sich während der Bierbereitung ein Drittel verflüchtigt und daß der Bierbrauer nach vollendetem Sutt nur 2 Drittel seines Kesselinhalts als Bier besitzen soll. Wenn er nun einen ganzen Sutt ohne alle vorgängige Deklaration vornimmt, oder wenn er während der ihm für einen Sutt verwilligten Brauzeit zwei vollständige Biersutte macht, so ist er in diesen beiden Fällen unzweifelhaft als Defraudant zu strafen. Allein er kann auch noch auf eine andere Weise defraudiren. Da nämlich seine Biersteuer auf die Verflüchtigung eines Drittels berechnet ist, so kann er das sich während der Bierbereitung verflüchtigende Drittel durch Nachgießen von Flüssigkeit ersetzen; wenn er einen Kessel von einem Fuder Inhalt hat, so entrichtet er seine Steuer von 8 fl. 20 kr. nur in der Voraussetzung, daß er von dem Fuder Kesselinhalt nur $^2/_3$ Fuder Bier erhält; gießt er nun während der Bierbereitung für das sich Verflüchtigende fortwährend nach, so kann er sich durch den Ersatz des Verflüchtigten mehr Bier, ein ganzes Fuder am Ende seines Bräu's verschaffen, und hat damit, da er die Steuer nur für $^2/_3$ Fuder Bier entrichtet hat, die Steuer von dem weitern Drittel defraudirt. Dieses Nachfüllen ist ihm nicht erlaubt, indem der §. 2 der Verordnung vom 12. Oktober 1837 vorschreibt: Unter einem Biersutt wird das Brauen einer Quantität Bier verstanden, welche durch einmalige Füllung des Kessels, also ohne Nachsutt, erzeugt werden kann.

So einfach und deutlich diese Vorschrift zu seyn scheint, so sehr ist doch ihre Auslegung unter den Aufsichtsbehörden und Bierbrauern bestritten; denn während nach den hieher zur Aburtheilung gelangten Fällen die Aufsichtsbehörden behaupten, daß unter einmaliger Füllung des Kessels das zu verstehen sei, daß der Brauer von Anfang an seinen Kessel nur einmal mit Wasser füllen dürfe, behaupten die Brauer, daß sie nicht nur von Anfang an den Kessel mit Wasser gänzlich füllen dürften, sondern daß sie auch dann,

Digitized by Google

wenn mit dem erst eingefüllten Wasser die Bierwürze bereitet sei, den Kessel mit dieser Würze gänzlich füllen dürften, indem der Abgang von einem Drittel sich erst von dieser zweiten Füllung und nicht von der ersten mit Wasser ergebe. In den zehn von dem Amt Gengenbach eingekommenen Defraudationsfällen ward deßhalb von der Aufsichtsbehörde die behauptete Defraudation ganz allein auf den Umstand gebaut, daß die Brauer eingestandenermaßen während der Brauzeit nachgefüllt hätten (sie füllten den Kessel zum zweitenmal mit der Bierwürze), und es konnte nicht einmal von der Aufsichtsbehörde behauptet werden, daß die Brauer nach Beendigung der Brauzeit mehr Bier besessen und erhalten haben, als sie veracciset hatten. Ein aus dem Amt Eppingen vorgekommener Fall beweist am besten die Verschiedenheit dieser Ansichten.

Bei einem Bierbrauer in Eppingen, dessen Kessel 700 Maaß hielt, ward während seiner Brauzeit visitirt und dabei gefunden, daß der Kessel bis auf 3 Zoll vom obern Rand gefüllt und im Maischbehälter noch 5 Stützen 3 Maaß Flüssigkeit vorhanden war. Später wurde nun zur Probe der Kessel mit Wasser aufgefüllt, und es gingen nach dieser Probe noch 4 Stützen 5 Maaß in soweit in den Kessel, als man nachgießen konnte, ohne daß der Kessel bei dem Kochen überlaufe. Von der Quantität der außerhalb des Kessels mit 5 Stützen 8 Maaß vorgefundenen Flüssigkeit blieben daher 8 Maaß als über den Kesselinhalt übrig, die jedoch auch noch in den Kessel bis zu seiner Füllung an den Rand hineingegangen wären, weil der Kessel bis dahin gefüllt werden darf und für das Ueberlaufen bei dem Kochen schon deßhalb kein leerer Raum gelassen werden muß, weil die Flüssigkeit darin nicht sogleich kocht und überwallt, sondern davon bei ihrer allmädligen Erhitzung bis zum Kochen so viel verdampft, daß die Flüssigkeit bei ihrem Kochen und Aufwallen nicht mehr an den oberen Rand geht und daher nicht überläuft. Auch hier behauptete der Brauer, nichts defraudirt zu haben, indem die bei ihm im Kessel und im Maischbehälter gefundene Flüssigkeit zur zweiten Füllung des Kessels mit Würze bestimmt gewesen sei und er bei dem alsdann stattfindenden Einkochen nicht mehr Bier gehabt haben würde, als er veracciset habe. Der Anzeiger entgegnete hierauf: Die Aufsichtsbehörde gehe von dem Grundsatze aus, daß der Braukessel nur einmal mit Wasser und nicht mit Würze oder Bierbrühe zum zweitenmal gefüllt werden dürfe. Diese Füllung mit Würze sei gerade deßhalb unerlaubt, weil der Hauptabgang der Flüssigkeit, auf dessen Verflüchtigung die Steuer von 5 kr. per Stütze berechnet sei, bei der erstmaligen Füllung des Kessels mit Wasser stattfinde. Die zugestandene zweite Füllung des Kessels mit Würze sei das Zugeständniß eines Nachsuds und einer darin liegenden Defraudation, deren Strafe folgendermaßen berechnet wurde: Ueber den Kesselinhalt von 700 Maaß fanden sich 8 Maaß vor. Die Abgabe von 708 Maaß à 13 fl. per Fuder betrage 9 fl. 12 kr. Bezahlt wurden nach der Deklaration des Biersuds nur 5 fl. 50 kr., also wurden defraudirt 3 fl. 22 kr., wovon die vierfache Strafe 13 fl. 28 kr. beträgt. Zu deren Bezahlung ist auch der Angezeigte vom Amt verurtheilt, von hier aus aber ihrer entbunden worden.

Die hier von den Aufsichtsbehörden aufgestellten Ansichten sind aber höchst irrig und selbst nach den von der Steuerdirektion in dieser Beziehung ergangenen Vollzugs-Verordnungen schlechthin verwerflich.

Wenn es einmal sichergestellt ist, daß die jetzige Steuer auf das nach der Bereitung als wirkliches Bier sich Ergebende berechnet ist, so ist es auffallend, wie man in Gengenbach auf das Nachgießen von Flüssigkeit eine Defraudation annimmt und doch selbst zugibt, daß der Brauer am Ende des Brauens nicht mehr Bier gehabt habe, als er veracciset hat. Dieses Aufgießen von Wasser kann doch an und für sich keine Defraudation seyn, sondern nur darin kann sie liegen, daß ein Brauer, der nur ²/₃ Fuder Bier brauen soll, mehr gebraut hat. Wenn er seinen Kessel mit Wasser füllt, und immer wieder Wasser nachgießt, aber immer fort und fort feuert, bis von 10 Fuder Wasser nichts übrig bleibt als ²/₃ Fuder Bier, so hat er zwar in seinem eigenen Interesse unverständig genug gehandelt, denn er hat dabei vielleicht 10 Klafter Holz verbrannt, aber ein Defraudant ist er nicht. Es ist zwar richtig, daß durch ein solches Nachgießen sehr leicht eine Defraudation stattfinden kann, aber das geht aus dem §. 15 der Verordnung der Steuerdirektion vom 29. Mai 1838 ganz deutlich hervor, daß unter der einmaligen Füllung des Kessels, wovon der §. 2 der Verordnung vom 12. Oktober 1837 spricht, nicht, wie man hier von Seiten der Aufsichtsbehörden glaubte, die erste Füllung des Kessels mit Wasser, sondern die zweite Füllung mit Bierbrühe oder Würze zu verstehen ist.

Dieser §. 15, Absatz 2 lautet:

„Ist bei der Visitation einer Brauerei der Braukessel „nicht ganz gefüllt, aber außerdem noch Würze (Bierbrühe) „im Grand und Maischbütig und sonstigen Geräthschaften „vorhanden, so ist zu untersuchen, ob die im Ganzen „vorhandene Würze nicht mehr beträgt als der „Kesselinhalt. Beträgt sie mehr, so ist dieser Mehr„betrag zu ermitteln und gegen den Brauer als muthmaß„lichen Defraudant zu verfahren, und es ist von dem er„wähnten Mehrbetrag jedenfalls die Accise mit „5 kr. per Stütze nachzuerheben, wenn nach den Um„ständen eine Defraudationsstrafe nicht erkannt werden „kann.

Digitized by Google

„Zeigt sich bei der Visitation einer Brauerei der Kessel „ganz gefüllt und ist demungeachtet noch weitere Würze „vorhanden, so ist der Betrag dieser letztern auszumitteln und „gegen den Brauer wie im vorstehenden Falle zu verfahren.

„Zeigt sich endlich bei der Visitation einer Brauerei, daß „ein Biersutt kürzlich beendigt worden, so ist zu prüfen, „ob das vorhandene Bier nicht mehr ausmacht, als „nach dem Brauschein bereitet werden durfte. Dabei ist „auf den nicht unbedeutenden Abgang bei der Bierbereitung Rücksicht zu nehmen, indem das bereitete Bier um „den Betrag des muthmaßlichen Abgangs geringer seyn „muß als der Kesselinhalt. Ist dieß nicht der Fall, beträgt das vorhandene Bier nahezu eben so viel oder sogar „mehr als der Kesselinhalt, so sind Nachfüllungen zu vermuthen und der Brauer ist als Defraudant zu belangen."

Wenn nun hiernach im ersten Fall eine Defraudation vermuthet wird, in sofern zwar der Kessel nicht ganz mit Würze gefüllt war, aber doch noch in andern Geräthschaften mehr Würze vorhanden ist, als der Kesselinhalt beträgt; wenn im zweiten Fall ein ganz mit Würze gefüllter Kessel gefunden wird, aber noch weitere Würze vorhanden ist, die also nicht mehr in den Kessel geht, so wird in beiden Fällen die nicht in den Kessel gehende Würze ausgemittelt und ihr Mehrbetrag als der Kesselinhalt als das vermuthet, was defraudirt wird, und daraus folgt mit Sicherheit, daß in dem Fall, wo der Braukessel ganz mit Würze gefüllt war, und weitere Würze nicht vorhanden ist, oder wo zwar der Kessel nicht ganz mit Würze gefüllt wae, wo aber die weiters vorhandene Würze nicht mehr als der Kesselinhalt beträgt, eine Defraudation nicht anzunehmen ist. Nun fängt aber die Bierbereitung nicht damit an, daß man den Braukessel alsbald und erstmals mit Würze füllt, sondern der Bräu beginnt mit der Gewinnung der Würze. Man füllt den Kessel mit Wasser und schüttet alsdann das siedende Wasser über das im Maischbehälter befindliche Malz. Dieser Malzabsud, der sich aus der Verbindung des Malzes mit dem siedenden Wasser bildet, ist die Würze oder Bierbrühe, und kann also der Brauer seinen Kessel wieder ganz mit Würze füllen, ist in dem Fall, wo ein mit Würze angefüllter Kessel vorgefunden worden ist, ohne daß weitere Würze vorhanden war, eine Defraudation nicht anzunehmen, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß die einmalige Füllung des Kessels im §. 2 der Verordnung vom 12. Okt. 1837 nicht von der ersten Füllung des Kessels mit Wasser, um die Würze zu bereiten, sondern von der zweiten Füllung des Kessels mit Würze zu verstehen ist, welche in sofern die erste Füllung des Kessels zur Bierbereitung genannt werden kann, als das Bier erst aus der Würze durch ihe Kochen bereitet wird. Erst von der Füllung des Kessels mit Würze ist die Nachfüllung verboten; denn erst von da an, wo mehr Würze vorhanden ist, als der Kesselinhalt beträgt, wird eine Defraudation vermuthet. Der Brauer, welcher hiernach seinen Kessel mit Wasser gefüllt und daraus nicht mehr Würze bereitet hat, als der Kesselinhalt beträgt, ist daher kein Defraudant, wenn er nunmehr den Kessel zum zweitenmal mit Würze füllt. Diese Füllung ist keine unerlaubte Nachfüllung und ebendeßhalb hätte man im Falle von Eppingen höchstens eine Defraudation von 8 Maaß annehmen können, indem diese 8 Maaß der alleinige Mehrbetrag über den Kesselinhalt waren. Abgesehen davon, daß diese 8 Maaß auch noch in den bis an den Rand zu füllenden Kessel hineingegangen wären, so ist aber bei einem Kessel von 700 Maaß ein Mehebetrag von 8 Maaß Bierwürze offenbar zu unbedeutend, um eine Defraudation anzunehmen. Da sich das im Kessel befindliche Wasser mit dem Malz vermischt, so kann die Bierbrühe, welche aus dem Wasser und dem Malz besteht, leicht mehr ausmachen als der ursprünglich nur Wasser enthaltende Kesselinhalt beträgt. Das kann der Brauer nicht auf ein paar Schoppen treffen, und ein überschießendes unbedeutendes Quantum ist um so weniger zu berücksichtigen, als der von der Würze bei ihrem Kochen sich ergebende Abgang nicht mit Bestimmtheit festgestellt werden kann und man daher einem Brauer, der etwas Bierwürze mehr hat, als sein Kessel hält, nicht nachweisen kann, daß er nun auch mehr Bier bereitet hätte, denn dieser unbedeutende Mehrbetrag konnte sich auch noch verflüchtigen. Etwas anderes ist es freilich, wenn man nach beendigtem Bräu auch nur etwas mehr Bier findet, als der Kesselinhalt beträgt; denn da bei dem Brauen sich gegen den ursprünglichen Kesselinhalt ein Abgang von einem Drittel ergeben soll, so ist der Mehrbetrag von ein paar Maaß Bier über den Kesselinhalt nicht nur der Beweis, daß mehr Bier, als der Kessel hält, gesotten worden ist, sondern es ist zugleich der Beweis, daß man auch das bei dem Kochen sich verflüchtigende Drittel des Kesselinhalts wieder durch Nachgießen ersetzt und damit sich allerdings der Defraudation dieses Drittels und noch des über den Kesselinhalt vorgefundenen Biers schuldig gemacht hat.

Da übrigens nach der Art der Bierbereitung überall der Kessel zum zweitenmal mit Würze gefüllt wird, und sich dahee alle Bierbrauer einer Defraudation mittelst unerlaubter Nachfüllung schuldig machen müssen, wenn dieselbe in der zweiten Füllung des Kessels mit Würze gefunden werden soll, so muß man wünschen, daß die obere Aufsichtsbehörde an die Obereinnehmereien die nöthige Erläuterung erlasse, daß in der zweiten Füllung des Kessels mit Würze keine unerlaubte Nachfüllung liege, sondern daß eine Defraudation mittelst unerlaubten Nachfüllens nur dann an-

Digitized by Google

zunehmen ist, wenn man entweder am Ende des Brauens zu viel Bier findet, oder wenn man während des Brauens mehr Bierbrühe findet, als der Kesselinhalt beträgt. Es ist diese Erläuterung um so nothwendiger, als die Aufsichtsbehörden, welche in jeder Füllung des Kessels mit Bierwürze eine zweite unerlaubte Füllung erblicken, sich nicht darauf einlassen, das auszumitteln, wie viel Bierwürze vorhanden ist, sondern sich lediglich darauf beschränken, daß sie von dem Bierbrauer erheben, daß er seinen Kessel zum zweitenmal gefüllt habe. Während der Niederschreibung Dieses kam wieder ein solcher Fall vor, wo eine Obereinnehmerei ebenfalls in dem mit Würze beinahe angefüllten Kessel eine Defraudation wegen unerlaubten Nachfüllens erblickt hatte, und wo sich der Erfund bei der Visitation darauf beschränkte, anzuführen, es seye der Kessel beinahe voll gewesen, und in dem Sarg ungefähr 12 Stützen Flüssigkeiten vorgefunden worden. Dieser Betrag war in Vergleich zu dem 56 Stützen haltenden Kessel allerdings sehr groß, allein da weder die Höhe der im Kessel befindlichen Flüssigkeit mit Bestimmtheit mehr aufzufinden, noch die Quantität der im Sarg vorgefundenen Flüssigkeit genau anzugeben war, so erübrigte nichts als eine Klagfreierklärung, obschon hier der Bierbrauer aller Wahrscheinlichkeit nach zu viel Bierbrühe besaß.

Aber nicht nur diese Erläuterung wird nothwendig seyn, sondern es wird aus der merkwürdigen im Fall von Eppingen vorgekommenen Berechnung der Defraudationsstrafe auch noch die Nothwendigkeit hervorgehen, dafür ebenfalls eine Erläuterung zu geben, wie die Strafe zu berechnen ist, wenn man während der Bierbereitung zu viel Würze findet.

Der Bierbrauer in Eppingen besaß einen Kessel von 70 Stützen, und hatte dafür zu 5 kr. per Stütze 5 fl. 50 kr. Accis entrichtet. Da man nun bei ihm blos 8 Maas Würze über den Kesselinhalt vorfand, 10 Maas eine Stütze machen und eine Stütze 5 kr. zahlt, so wäre seine Defraudation in $^8/_{10}$ von 5 kr. bestanden. Statt dessen berechnete aber die Obereinnehmerei den ganzen Kesselinhalt mit dem Ueberschuß von 8 Maas nach der Bieraccise von 13 fl. per Fuder oder $7^3/_4$ kr. per Stütze, und fand so, daß er dafür 9 fl. 12 kr. zu bezahlen habe, bezahlt habe er nur 5 fl. 50 kr. also defraudirt 3 fl. 22 kr., was eben ein weiteres Mißverständniß, oder vielmehr nur die Fortwirkung des ersten Mißverständnisses über die unerlaubte Nachfüllung mit Würze ist.

Wie oben gezeigt, so gieng man bei der Herabsetzung der Bieraccise nach dem Kesselinhalt von 13 fl. auf 8 fl. 20 kr. per Fuder von der Betrachtung aus, daß sich von dem Kesselinhalt $^1/_3$ verflüchtige, und daß man daher die auf 13 fl. per Fuder Bier bestimmte Accise bei dem Fuder Kesselinhalt ebenfalls um $^1/_3$ auf 8 fl. 20 kr. herabsetzen müsse, und da hiernach das bereitete Bier gegenüber dem ursprünglichen Kesselinhalt um $^1/_3$ weniger ist, so wird das bereitete Bier in der Steuer von 8 fl. 20 kr. für das Fuder Kesselinhalt der Wirklichkeit nach nach der Steuer von 13 fl. per Fuder Bier bemessen. Wird nunmehr eine Defraudation entdeckt, so fragt sich allein, ob das Bier schon bereitet ist, oder ob es noch in der Bereitung strht. Ist das Bier bereitet, so wird der Betrag des vorgefundenen zu viel bereiteten Biers nach dem Maas von 13 fl. per Fuder oder $7^3/_4$ kr. per Stütze bemessen. Z. B. ein Brauer hat einen Kessel von einem Fuder Inhalt, und hat also dafür zu 5 kr. per Stütze 8 fl. 20 kr. per Fuder zu entrichten. Hat er nun ohne Accisentrichtung gebraut, so hat er $^2/_3$ Fuder Bier erhalten, und würde man diese $^2/_3$ Fuder Bier nach dem Maßstab von 8 fl. 20 kr. per Fuder berechnen, so würde man von dem bereiteten Bier noch einmal den Abzug von $^1/_3$ machen, den man nur für die ursprüngliche Flüssigkeit machen kann. Der Brauer würde von dem vorgefundenen $^2/_3$ Fuder Bier zu 5 kr. per Stütze nur wieder $^2/_3$ von 8 fl. 20 kr. zahlen, während er davon die 8 fl. 20 kr. als die $^2/_3$ der ursprünglichen Flüssigkeit zu 13 fl. das Fuder gerechnet, ganz zahlen muß. Bei einer Defraudation, die am bereiteten Bier entdeckt wird, muß daher Das, was über das veracciste Quantum vorgefunden wird, oder was als gar nicht veraccist gefunden wird, nach dem Maßstab von $7^1/_4$ kr. per Stütze berechnet werden. Wenn aber, wie im Fall von Eppingen das Bier noch in der Bereitung ist, so ist nothwendigerweise auch anzunehmen, daß die Flüssigkeit, welche wegen ihrer Verflüchtigung nicht als Bier berechnet werden soll, noch vorhanden ist. Von dieser Flüssigkeit soll aber nicht $7^3/_4$ per Stütze, sondern nur 5 kr. per Stütze erhoben werden. Z. B. ein Brauer hat einen Kessel von einem Fuder. Man visitirt den Bräu und findet den Kessel voll mit Würze, und noch ein halbes Fuder im Grand. Dieses halbe Fuder Würze kann er defraudirt haben, denn für die entrichtete Accise von 8 fl. 20 kr. für das Fuder Kesselinhalt konnte er nur $^2/_3$ Fuder Bier machen, und dazu reichte der mit Würze angefüllte Kessel aus, indem ein Kessel von einem Fuder Inhalt $^2/_3$ Fuder Bier giebt. Das weitere halbe Fuder Würze hätte aber mehr Bier gegeben, als er machen darf, es hätte die Hälfte von $^2/_3$ Fuder Bier gegeben. Dieses weitere halbe Fuder Würze ist aber noch kein Bier. Auch von ihm verflüchtigt sich noch $^1/_3$ bis es Bier ist. Würde man nun von dem ganzen halben Fuder Würze die Accise von $7^3/_4$ kr. per Stütze anrechnen, so würde man ihn als Defraudant von einem halben Fuder Bier bestrafen. Mit einem halben Fuder Würze kann er aber bei der Verflüchtigung von $^1/_3$

Digitized by Google

nur ⅔ eines halben Fuder Bier machen, und eben deßhalb iſt ihm das halbe Fudee Würze nur zu 5 kr. per Stütze nur zu 4 fl. 10 kr. und nicht zu 6 fl. 30 kr. zu berechnen, denn dieſe 4 fl. 10 kr. ſtellen in ihrem Abzug für die ſich verflüchtigende Flüſſigkeit gerade jene Acciſe von dem aus einem halben Fuder Würze in der Wirklichkeit bereiteten Bier vor, welche ſich ergiebt, wenn man von dem wirklichen Bier 13 fl. per Fuder erhebt. Es iſt dieſes in der oben angeführten Vollzugsverordnung auch deutlich vorgeſchrieben, indem darin enthalten iſt, daß von dem Mehrbetrag an Würze zum wenigſten die Steuer zu 5 kr. per Stütze nachzuerheben iſt. Wenn aber nur 5 kr. Steuer nachzuerheben ſind, ſo darf bei der Defraudation auch nicht mehr als 5 kr. per Stütze berechnet werden, weil die nachzuerhebende Steuer es immer iſt, welche in ihrer Vervierfachung die Defraudationsſtrafe beſtimmt.

Unter dieſen Vorausſetzungen war daher die Berechnung der Defraudationsſtrafe in dem Fall von Eppingen, wornach nicht nur der Mehrbetrag der Würze über den Keſſelinhalt, ſondern ſogar der Keſſelinhalt ſelbſt mit ſeiner urſprünglichen Flüſſigkeit zu 13 fl. per Fuder berechnet wurde, gewiß höchſt irrig, und der letztere Umſtand, daß man die Defraudation darein ſetzte, daß der Brauer von ſeinem Keſſelinhalt nur 5 fl. 50 kr. nach dem Maßſtab von 8 fl. 20 kr. per Fuder bezahlt habe, während er nach dem Maßſtab von 13 fl. von Fuder bezahlen ſoll, iſt ſo auffallend, daß ich nicht glaube, daß dieſe Berechnung zum erſtenmal und allein bei der betreffenden Obereinnehmerei vorgekommen iſt, ſondern daß ich beſorge, daß dieſe Berechnung überhaupt bei den Defraudationen der Bieracciſe eintritt, und daß man ihnen alles nach dem Maßſtab von 13 fl. per Fuder oder 7¾ kr. für die Stütze berechnet, und dabei zwiſchen der Bierwürze und dem bereiteten Bier deßhalb keinen Unterſchied macht, weil man die dem Maßſtab von 8 fl. 20 kr. per Fuder unteeliegende Verflüchtigung eines Drittels der zur Biebereitung verwendeten Flüſſigkeit auf das urſprüngliche zur Gewinnung der Bierwürze verwendete erſte Waſſer rechnet, und daher die Bierwürze ſchon für das unter den Maßſtab von 13 fl. per Fuder fallende bereitete Bier anſieht. Es wird daher auch über dieſe offenbar irrige Berechnung der Defraudationsſtrafe eine Erläuterung nöthig ſeyn.

Daraus aber, daß es nur möglich war, daß über die Erhebung der Bieracciſe ſolche Mißverſtändniſſe der Aufſichtsbehörden beſtehen, folgt ſchon für ſich, daß die ganze jetzige Erhebungsweiſe der Bieracciſe verwerflich iſt, und zwar hauptſächlich aus dem Grund, weil ſie auf einen Gegenſtand gebaut iſt, der in der Bereitung ſteht, ſich darin verändert und verflüchtigt, und deßhalb in ſeiner wahren Beſtimmung und Bemeſſung höchſt unſicher iſt. Wenn wie bei der Biebereitung aus verſchiedenen Stoffen durch ihre Vermiſchung und kunſtmäßige Behandlung ein anderer Stoff erzeugt wird, ſo iſt jene Erhebung einer Abgabe gewiß eine höchſt unſichere und ſelbſt willkührliche zu nennen, welche ihren Gegenſtand aus der ſchon angefangenen Behandlung herausgreift, und nach dieſem wandelbaren Gegenſtand die Abgabe beſtimmt. Er iſt ſchon nicht mehr der frühere urſprüngliche Stoff, er iſt noch nicht der Endſtoff, ſondern iſt in ſeinem Uebergang vom Urſtoff zum Endſtoff etwas ſo unſicheres, daß er zumal bei der ſo verſchiedenen Art und Weiſe des Bierbrauens der darnach zu erhebenden Abgabe keine beſtimmte Grundlage gewährt. Bei dem Bier ſoll man entweder die Abgabe nach dem Urſtoff z. B. nach dem Malz oder nach der urſprünglichen Flüſſigkeit erheben, die der Keſſel halten kann, oder man ſoll ſie allein nach dem Quantum des bereiteten Biers erheben. Wenn man ſie aber, wie jetzt der Fall iſt, zwar nach der Flüſſigkeit beſtimmt, welche urſprünglich in den Keſſel kommt, dieſe aber nur in ſo weit anrechnet, als ſie als wirklich bei der endlichen Bereitung zurückbleibend noch vorhanden iſt, wenn man alſo zur Beſtimmung der Größe der Abgabe einen urſprünglichen Grundſtoff und eine in der Behandlung eintretende Veränderung deſſelben, ſeine theilweiſe Verflüchtigung durch das Kochen aufſtellt, ſo hat man keine ſichere Abgabe, weil man dieſe Veränderung ſowohl in ihrer Größe als in der Zeit ihres Eintritts nicht zu beſtimmen und feſtzuhalten weiß.

Beſtände die Bierbereitung allein darin, daß man das Malz mit ſiedendem Waſſer übergießt, und ſodann den daraus gewonnenen Abſud, die Bierbrühe mit Hopfen vermiſcht, und wiederum kochen läßt, ſo ließe ſich in einer zu großen den Keſſelinhalt weit überſteigenden Menge der Bierbrühe, oder in zuviel abermals den Keſſelinhalt überſteigendem Bier allerdings eine Defraudation mittelſt Nachfüllung finden. Allein in den ſeltenſten Fällen wird gegenwärtig das Bier ſo bereitet, daß man nur einen Aufguß auf das Malz macht. Nur der kleinere Bierbrauer bereitet ſein Bier noch ſo. Ein Anderer brüht das Malz zuerſt mit warmem Waſſer an, dann bringt er das Waſſer im Keſſel zum Sieden, läßt das zum Sieden gebrachte Waſſer über das angebrühte Malz laufen, und verbringt dieſe erſte ſo gewonnene Bierbrühe auf das Kühlſchiff. Unterdeſſen hat man den Keſſel abermals mit Waſſer gefüllt, von dem man einen Theil zum Reinigen der Gefäße braucht, während man den andern Theil zu einem zweiten Aufguß über das Malz und damit zu einer zweiten Gewinnung von Bierbrühe deßhalb verwendet, weil man mit einem Aufguß über das Malz nicht alle brauchbare Beſtandtheile deſſelben herauszieht. Mit dieſer zweiten Bierbrühe wird die nunmehr vom Kühlſchiff in den Keſſel verbrachte erſte

Digitized by Google

Bierbrühe, die den Kessel nicht ganz füllt, wieder aufgefüllt, der Hopfen wird jetzt beigesetzt, und alsdann alles bis zum fertigen Bier eingesotten. Dieser Brauer bringt sonach zweimal Wasser und zweimal Bierbrühe in den Kessel, er füllt den Kessel viermal, wenn auch nicht vollständig auf, und würde sich sonach einer dreimaligen unerlaubten Nachfüllung schuldig machen, obschon er am Ende seines Geschäfts nicht mehr Bier bekommt, als er veracciet hat. Es läßt sich überhaupt mit der Verordnung vom 29. Mai 1838 aus dem Umstand, daß der Bierbrauer mehr Bierbrühe besitzt, als sein Kesselinhalt beträgt, in keinen Stücken mit Gewißheit schließen, daß er defraudiren wird, oder gar schon defraudirt hat. Bei einem nur etwas großen Kessel kann man die gewonnene jedenfalls durch das darin enthaltene Malz vermehrte Bierbrühe gegenüber dem Kesselinhalt zumal dann nicht auf den Schoppen und nicht auf die Stütze treffen, wo man zweimal Bierbrühe gewinnt. Nun ist aber die jetzige Bieraccise nicht auf die bereitete Bierbrühe, sondern auf das endlich gewonnene Bier berechnet. Es ist demnach die Bierbrühe nicht der Gegenstand der Accise, und wenn man also mehr Bierbrühe antrifft, als der Kessel faßt, so kann man zwar annehmen, daß der Brauer am Ende seines Geschäfts mehr Bier haben kann, als er veracciet hat, man kann aber nicht sagen, daß er in dieser Lage der Sache schon defraudirt hat. Er kann ja die zum zweitenmal gewonnene Bierbrühe doch nur bis zum Auffüllen des Kessels verwenden, und das übrige laufen lassen. Die Verflüchtigung der Bierbrühe zu einem Drittel läßt sich nicht als Maximum betrachten. Der eine Brauer kocht seine Bierbrühe länger und stärker als ein Anderer, und verflüchtigt alsdann mehr als ein Drittel, so daß er am Ende vom Beau nicht mehr Bier hat, als er veracciet hat, und doch könnte er alsdann als Defraudant wegen zu vieler Bierbrühe gestraft werden, obschon er durch längeres Kochen mehr Holz verwendet hat, und ein besseres Bier gemacht hat, als Jener, der nicht mehr Bierbrühe besaß, als wie sein Kessel faßt. Ja es kann sogar ein Brauer, der nicht mehr Bierbrühe besitzt, als der Kesselinhalt beträgt, damit defraudiren, daß er seine Bierbrühe nicht so lange kocht, und so nur $^{1}/_{3}$ davon verflüchtigt. Dann gewinnt er mehr Bier als er gewinnen darf, macht noch dazu schlechteres Bier, geht aber als ein ganz ehrlicher Mann aus seiner Brauerei heraus, in der man bei der Visitation nicht mehr Bierbrühe gefunden hat, als der Kesselinhalt beträgt, während der andere wirklich ehrliche Mann, der seine zu viele Bierbrühe länger kochen ließ, als Defraudant dafür gestraft wird, daß er mit dieser zu vielen Bierbrühe ein treffliches Bier und zwar nicht mehr bereitete, als er veracciet hat. Manche Brauer machen sogenanntes Dickmaischbier, d. h. sie bringen nach Ueberschüttung des Malzes mit dem siedendem Wasser nicht nur den Absud in den Kessel, sondern sie schöpfen den Kessel mit allem im Maischbüttig enthaltenen, also auch mit dem Malz aus, und bringen so alles Malz in den Kessel, wo sie es eine Zeit lang kochen lassen, und es dann erst in der sogenannten Läutermaisch wieder ausscheiden, welche sie dann mit Hopfen versetzt zum zweitenmal kochen. Auch hier wird der Kessel mehrmals aufgefüllt und ausgeschöpft, und da bei dieser Bereitung sich die ganze Quantität des Malzes mit dem Wasser als Dickmaisch vereinigt, so besitzen diese Bierbrauer nothwendigerweise im Wasser und dem damit vereinigten Malz mehr Brühe als der Kesselinhalt ist, und können dafür gestraft werden, obschon sie ebenfalls am Ende des Geschäfts nicht mehr Bier haben, als sie veracciten. Zudem muß bei allen diesen Brauarten, wo eine zweite Bierbrühe oder die Läutermaisch bereitet wird, der Kessel zum zweitenmal mit Wasser nachgefüllt werden, während die erste Bierbrühe oder die Dickmaisch auf dem Schiff oder im Maischbüttig ist, denn da die Feuerung nicht ausgesetzt werden darf, so würde der Kessel zu Grunde gehen, wenn man ihn ganz leerfeuern wollte. Kommt nun die Aufsichtsbehörde und findet die erste Bierbrühe oder die Dickmaisch in ihrem den Kesselinhalt vorstellenden Betrag, so rechnet sie das weitere im Kessel befindliche Wasser dazu, und findet alsdann überall einen nicht unbedeutenden Mehrbetrag als den Kesselinhalt, obschon später ein Theil des Wassers nur zur Reinigung der Geschirre verwendet, und die weiters gewonnene zweite Bierbrühe oder Läutermaisch doch nicht mehr Bier abgibt, als bereitet werden darf.

Eine solche Abgabe wie die bestehende Bieraccise, welche sich so sehr auf die Fabrikation selbst und auf die in ihr vorgehende Verwandlung der Urstoffe stützt, ist offenbar verwerflich. Durch jede Modifikation der Brauart ändert sich der die Berechnung der Accise in sich tragende Gegenstand derselben. Da wo ein Brauer in seinem Beau defraudirt, kann der Andere in einer andern Brauart nicht defraudiren, und doch kann nach der Ansicht der Aufsichtsbehörde, die sie von der Bierbereitung hat, der letztere gestraft werden, und der erstere als ehelicher Mann dastehen. Aendert der Brauer seine Brauart, so wittert man alsbald eine Defraudation darin. Kommt eine neue Aufsichtsbehörde an seinen Ort, die ihre Aufsicht nach einer andern Brauart einrichtet, so wird sie in der verschiedenen Brauart überall eine Defraudation erblicken. Das Biertrinken verstehen zwar die meisten Leute, aber die Art der Bierbereitung ist ihnen unbekannt, und wenn man nicht bei jeder Defraudation der Bieraccise eine genaue Untersuchung der betreffenden Art der Bierbereitung und ihres Vorgangs im einzelnen Fall vornimmt, so wird man nicht leicht ein gerechtes Urtheil fällen.

Digitized by Google

Offenbar ist die ursprüngliche Bierraccise des Gesetzes vom 14 Mai 1835 darin noch viel besser als die jetzt bestehende, daß sie in der festen und bleibenden Größe des Kesselinhalts und in der darnach bemessenen Abgabe einen sichern Haltpunkt besitzt. Mehr Bier als der Kesselinhalt beträgt, kann auf ehrliche Weise in einem Bräu nicht gewonnen werden, und findet man also am Schluß der bekannten Brauzeit mehr Bier als der Kesselinhalt, so ist die Defraudation bewiesen. Wie viel oder wenig sich aber vom Wasser verflüchtigt, wie oft ein Brauer seinen Kessel füllt, oder sein Malz abbrüht, ob er es mitkochen läßt oder nicht, das kann und sollte der Gesetzgebung gleichgiltig seyn. So viel Zeit hat der Brauer zu seinem Bräu, ist die Zeit am Umlaufen, ist der Sud fertig, so visitirt man das bereitete Bier, und in seinem Verhältniß zum Kesselinhalt liegt die Defraudation bald zu Tage. Ist die Abgabe von 13 fl. von dem nach dem ursprünglichen Kesselinhalt zu bemessenden, nicht mehr so viel in der endlichen Bereitung betragenden Bier zu hoch, so setze man sie herab auf 10 fl. oder 9 fl. Allerdings wird alsdann der eine oder der andere Brauer durch Nachfüllen des sich während der Bereitung verflüchtigenden Wassers doch so viel Bier zu gewinnen suchen, als der ursprüngliche Kesselinhalt beträgt, das kann man aber, gegenüber der Staatsabgabe und der daraus fließenden Staatseinnahme, damit ausgleichen, daß man die Steuer etwas höher hält, als die jetzige Abgabe von 8 fl. 20 kr. per Fuder Kesselinhalt ist. Unter den Brauern wird sich dieses aber auch ausgleichen, denn der Brauer, der sein Bier gehörig auskocht, und am Ende also weniger Bier hat, als Jener, der sein Bier während des Kochens nachfüllt, wird ein besseres Bier haben, als der Letztere, und wird es daher auch besser absetzen, denn der Geschmack der Bierverständigen Trinker läßt sich nicht auf die Länge täuschen, und sie wissen einen guten Bräu auch in der hintersten Gasse aufzufinden. Bei der großen schon bestehenden und immer noch steigenden Concurrenz wird am Ende aller Enden der einen guten Stoff bereitende Brauer doch am besten fahren, und es wird sich auch bei dem Sprüchwort bestätigen — ehrlich währt am längsten.

Sander.

II.

Ueber eine Auslassung im §. 346 der Prozeß-Ord.

Es kommt wie bekannt, sehr häufig vor, daß ein Kläger im Laufe des Prozesses ein anderes Angriffssystem zu wählen, beziehungsweise neue Thatsachen zur Begründung seiner Klage aufzustellen für gut findet. Derartige Aenderungen stehen jedoch nach der Einlassung auf Klage nicht im Belieben des Klägers. Der Beklagte darf seine Antwort darauf verweigern, „die Fälle ausgenommen (sagt unsere P.O. in „§. 346) da der Kläger die Klage, wie sie früher angebracht „war, nunmehr fallen läßt, oder zugibt, daß die weitere „Verhandlung darüber bis zum Ausgang des Verfahrens über „die neue abgeänderte Klage ausgesetzt bleibe."

Nach den angeführten Worten würde also der Kläger die Wahl haben, entweder seine Klage fallen zu lassen, oder in das Aussetzen der Verhandlungen einzuwilligen. Allein dies ist gewiß nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen, denn es kann von einem Zugeben oder Nachgeben des Klägers da keine Rede seyn, wo er selbst derjenige ist, der etwas will.

Dann kann es aber auch unmöglich in seine Willkür gestellt seyn, zu erklären, daß die bisherigen Verhandlungen ruhen sollen, bis seine neue Klage entschieden ist, und so lautet der §. 326 den Worten nach.

Augenscheinlich sollte es statt „oder zugibt" heißen, oder der Beklagte zugibt.

Es folgt dieß am deutlichsten aus einer Betrachtung des 40. Titels der P.O. „vom Aussetzen der Proc.-Verhandlungen, Ruhen des Processes, Erlöschen des Rechtszugs und von der Entsagung." Das Princip dieses ganzen Titels beruht darauf, daß keine Partei einseitig irgend etwas über den Fortgang des Prozesses verfügen kann, es sey denn durch einen Verzicht auf das in Streit befangene Recht selbst, oder durch Nachgeben des Beklagten in der Hauptsache. In dem gemeinen deutschen Prozeßrecht haben viele Prozeßlehrer die Ansicht, daß man zwischen einem Verzicht des Klägers auf das Klagrecht selbst und zwischen einem Fallenlassen der Verhandlungen unterscheiden müsse. Der Kläger habe die Wahl, ob er das Klagrecht selbst aufgeben oder nur die bisherigen Prozeßverhandlungen niederschlagen wolle. Im letzteren Falle könne er dieselbe Klage wiederholt anstellen, dagegen müsse er die früheren Prozeßkosten tragen und diejenigen prozessualischen Urtheile, welche der Beklagte im früheren Verfahren, z. B. durch Geständnisse oder Versäumnisse erlangt hat, gegen sich vorschützen lassen.

Vergleiche Puchta gerichtliche Klagen p. 17.

Diese Theorie hat die P.O. und wohl mit Recht, nicht angenommen.

Der Kläger kann nach §. 797 der P.O. einseitig nicht einmal beantragen, daß die Prozeßverhandlungen beruhen sollen, sondern es ist hiezu das Einverständniß beider Theile nothwendig. Um so weniger kann es in seinem Belieben stehen, den Prozeß unter Beibehaltung der eingeklagten Rechte ganz aufzugeben, und nachher dasselbe Recht von neuem zu verfolgen, d. h. die nämliche Klage wiederholt anzustellen. Nur eine solche Klage steht ihm noch zur Seite, welche von der früheren in der Art verschieden ist, daß die Erfordernisse des L.R.S. 1351 für die Einrede der entschiedenen Sache nicht vorliegen.

Wenn wäre es nun aber mit diesem Grundsatze verträglich, wenn der §. 346, wie es seinen Worten nach der Fall ist, zu dem Ruhenlassen des Prozesses im Interesse des Klägers, mehr nicht als die Einwilligung eben dieses Klägers verlangen wollte? Man kann zwar den § 346 der P.O mit einigem Zwang auch dahin deuten, daß ein Zugeben des Klägers ein Verlangen des Beklagten voraussetze, und daß daher der 2te Absatz „oder zugibt u. s. w." nur von dem Falle zu verstehen sey, wenn der Beklagte das Stillstehen der bisherigen Verhandlungen verlangt hat, und es ist alsdann das Princip gerettet, besser wäre jedoch eine alsbaldige Verbesserung des Textes im Wege der Gesetzgebung, da die Sache gewiß nur auf einem Uebersehen beruht, und practisch von erheblicher Bedeutung ist.

Stabel.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe den 9. Januar 1841.

I.

Ueber das mündliche Verfahren bei den Untergerichten.

Die Prozeßordnung enthält in den §§. 216 bis 222 so klare und umfassende Bestimmungen über das schriftliche und mündliche Verfahren bei den Untergerichten, daß man verschiedene Ansichten hierüber kaum für möglich halten sollte, und doch kommen solche Meinungsverschiedenheiten selbst bei den Obergerichten vor, wodurch das so nützliche Gebäude des mündlichen Verfahrens in seinen Grundfesten erschüttert wird.

Die folgenden zwei Fälle mögen als Beleg hiefür dienen:

1.

V. erhob mündlich gegen Z. eine Klage auf Zahlung von 63 fl. 41 kr. für gelieferte Schlosserarbeit. Auf die Klage wurde Ladung erkannt, Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung dieser Sache auf den 5. Juli v. J. anberaumt, und in dieselbe der Beklagte in Gemäßheit des §. 253 der P.O. vorgeladen. In der Tagfahrt erschien nur der Kläger und beantragte die Erlassung eines Versäumungserkenntnisses. Vor Ablauf der Tagfahrt reichte der Beklagte seine Vernehmlassung schriftlich ein, und bemerkte im Eingange derselben, er sey verhindert zu erscheinen und gebe deshalb seine Vernehmlassung schriftlich ab.

Da der Beklagte nicht um Zulassung des schriftlichen Verfahrens gebeten, aber erklärt hatte, er sey in der Tagfahrt zu erscheinen verhindert, so nahm man, obwohl ein gültiger Hinderungsgrund, gemäß dem §. 232 der P.O., nicht angeführt war, von Erlassung eines Versäumungserkenntnisses Umgang und beraumte anderweite Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung der Sache unter Verfällung des Beklagten in die Kosten der vereitelten Tagfahrt, nach Angabe des §. 240 der P.O., auf den 23. ejusdem an, welche der Beklagte wieder unter dem Rechtsnachtheile des §. 352 der P.O. vorgeladen würde. Er erschien nicht, wohl aber der Kläger, um Erlassung eines Versäumungserkenntnisses bittend. Es wurde ein Versäumungserkenntniß erlassen.

Der Beklagte ergriff dagegen unter Bezug auf §. 1178 der P.O. die Appellation. Das großherzogl. Hofgericht des Mittel-Rheinkreises erkannte durch Urtheil vom 8. Januar l. J.:

daß der Beschluß vom 5. Juli, so wie das darauf folgende Versäumungserkenntniß vom 23. ejusdem aufzuheben, und unter Verfällung des Klägers, Appellaten, in die Kosten der 2ten Instanz das Oberamt R. anzuweisen sey, auf den Grund der von dem Beklagten abgegebenen schriftlichen Vernehmlassung und Widerklage*) weitere Verhandlungen zu pflegen, und seiner Zeit unter Vorbehalt der Appellation das Erkenntniß in der Hauptsache zu ertheilen.

Der Entscheidungsgrund war folgender:

In Erwägung, daß es nach Ansicht des §. 216 der P.O. von der Wahl des Beklagten abhing, seine Vernehmlassung auf die Klage mündlich oder schriftlich abzugeben, daher er sich keine Versäumniß zu Schulden kommen ließ, indem er statt persönlichen Erscheinens in der Tagfahrt eine schriftliche Vernehmlassung zu den Gerichtsacten übergab.

In Betracht sohin, daß weder der Amtsbeschluß vom 5. Juli v. J., noch das Versäumungserkenntniß vom 23. desselben Monats gerechtfertigt ist, und somit der Fall des §. 1178 der P.O., resp. des Artikels 10 der Prozeß-Novelle vom 3. August 1837 hier vorliegt, und die anher ergriffene Appellation hiernach, und nach Ansicht des §. 1175 Nr. 3 der P.O., sowohl in formeller Hinsicht völlig zulässig, als auch in der Hauptsache begründet erscheint.

Bemerkungen des Einsenders.

Die Prozeß-Ordnung gestattet nur dann unbedingt schriftliches Verfahren, wenn beide Partheien es begehren. §. 18. Verlangt nur eine Parthei schriftliches Verfahren, so

*) Eine Widerklage lag nicht vor, denn der Beklagte erkannte den größten Theil der von dem Kläger aufgestellten Forderungsposten an, und machte nur eine Gegenforderung von einigen Gulden geltend, schützte mithin die Einrede der Wettschlagung vor.

Digitized by Google

hängt es von dem Ermessen des Richters ab, ob diesem Gesuche entsprochen werden soll, oder nicht. Ohne Antrag beider Partheien oder wenigstens einer Parthei ist es dem Richter in keinem Falle gestattet, schriftliches Verfahren zuzulassen. §. 216, 220 und 221 der P.O.

Da nun im vorliegenden Falle der Beklagte um Gestattung des schriftlichen Verfahrens nicht gebeten hatte, so durfte der Unterrichter auch seine schriftliche Vernehmlassung nicht berücksichtigen, sondern mußte gegen ihn in contumaciam erkennen.

Wenn hiegegen in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen der §. 216 der P.O. geltend gemacht wird, so ist wohl ein auffallender Widerspruch dieses §. 216 der P.O. mit den §§. 220 und 221 der P.O. nicht zu verkennen, denn wie könnte man in den §§. 220 und 221 der P.O. einer Parthei zur Auflage machen, bei dem Richter um Gestattung des schriftlichen Verfahrens nachzusuchen, wenn es durch den §. 216 der P.O. in ihre Willkühr gestellt wäre, sich des schriftlichen oder mündlichen Verfahrens zu bedienen, und wie könnte dann dem Richter die Befugniß ertheilt seyn, das schriftliche Verfahren nicht zu gestatten?

Abgesehen hiervon sprechen nicht einmal die Worte des §. 216 der P.O. für den Beklagten. Sie lauten:

> in der Regel wird mündlich verhandelt. Jedoch ist den Partheien gestattet, dabei auch schriftliche Aufsätze zum Protokoll zu übergeben.

Die ungezwungene Auslegung dieser Worte kann doch wohl nur dahin gehen, daß bei der mündlichen Verhandlung beide Partheien anwesend seyn, und an der mündlichen Verhandlung Theil nehmen müssen, sonst hätte hier das Wort „dabei" keinen Sinn.

Ein weiteres Argument für die hier vertheidigte Ansicht liefert der §. 217 der P.O., indem er es von der Wahl des Klägers abhängig macht, die Klage mündlich oder schriftlich vorzubringen. Wozu wäre dieser §. 217 geschaffen, wenn der §. 216 die hier für die Klage gegebene Vorschrift für alle Verträge der Partheien in dem ersten Verfahren sanctionirte?

Der §. 217 der P.O. statuirt eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel und spricht damit argumento e contrario aus, daß sein Inhalt nur auf die Klage, nicht aber auf die Vernehmlassung, Replik oder Duplik anwendbar sey.

Die gegentheilige Auslegung ist um so auffallender, als man in dem §. 216 der P.O., welcher gerade das mündliche Verfahren als Regel einführt, eine Ausnahme finden will, die die Regel beinahe auf nichts zu reduciren im Stande ist.

Bei diesen klaren gesetzlichen Bestimmungen bedarf man der Hülfe der logischen Auslegung nicht, sie liefert aber auch kein anderes Resultat, denn der ratio legis, in möglichster Beschleunigung der Entscheidung der Prozesse bestehend, wird nur, wie bekannt, durch das mündliche Verfahren bei den Untergerichten in der Regel vollkommen Genüge geleistet *).

2.

Wittwe N. von O. klagte gegen Nikolaus E. von da eine Darlehnsforderung von 387 fl. 43½ kr. ein. Der Unterrichter erkannte auf die Klage nach Maßgabe des §. 253 der P.O. Ladung und beraumte Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung auf den 27. Juli v. J. 9 Uhr an.

In der Tagfahrt erschien der kläger'sche Anwalt, und bat um Erlassung eines Versäumungserkenntnisses gegen den ordnungsmäßig vorgeladenen aber nicht erschienenen Beklagten, welcher Bitte entsprochen wurde.

Am 27. Juli Nachmittags kam eine übrigens begründete Bitte des Beklagten um Tagfahrtsverlegung ein, welche unter Bezug auf das erlassene Versäumungserkenntniß lediglich zu den Acten genommen wurde.

In der Wiederherstellungsfrist reichte der Beklagte ein Gesuch um Wiederherstellung ein, und verband damit die Bitte um Anberaumung einer neuen Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung. Da dem Wiederherstellungsgesuche die versäumte Vernehmlassung nicht beigegeben war, so wurde die nachgesuchte Wiederherstellung auf den Grund des §. 659 der P.O. versagt.

Auf ergriffene Appellation erkannte das großherzogliche Hofgericht des Mittel-Rheinkreises durch Urtheil vom 23. Okt. v. J.:

> es sey das Versäumungserkenntniß vom 27. Juli v. J. aufzuheben, das weitere Rechtliche zu verfügen,

aus folgenden Gründen:

> In Erwägung, daß die Wiederherstellungsbitte innerhalb der 14tägigen Wiederherstellungsfrist des §. 658 der P.O. eingereicht worden ist,
>
> daß zwar mit diesem Gesuch nicht derjenige Vortrag beigebracht worden ist, mit welchem der Appellant von dem Unterrichter ausgeschlossen worden, nämlich die Vernehmlassung auf die Klage, diese Unterlassung aber darum dem Appellanten unnachtheilig seyn muß, weil es sich hier um mündliches Verfahren handelt, der Appellant sonach seine Vernehmlassung nicht schriftlich einzureichen, sondern mündlich zu Protokoll zu geben hatte, was ihm auf dem eingeschlagenen Wege nicht möglich war, und er diesen Vortrag überdieß nur in einer neuen Tagfahrt halten konnte, deren Bestimmung nicht ihm zustand, sondern dem Richter. —

*) Das hier Ausgeführte ist so klar, daß ich nicht begreife, wie es möglich ist, den §. 216 so zu deuten, daß der Beklagte nicht blos bei der mündlichen Verhandlung noch nebenher auch schriftliche Aufsätze zum Protokoll übergeben, sondern überhaupt, ohne nur bei der Tagfahrt zu erscheinen, seine Vernehmlassung im Ganzen schriftlich statt mündlich abgeben dürfe, und daß also dasjenige, was der §. 217 ausnahmsweise für Parthei-Vorträge, worauf erst weitere Verhandlung einzuleiten ist, freigibt, auch auf alle andere Parthei-Vorträge ausgedehnt, beziehungsweise generalisirt werde.

D. Red.

Digitized by Google

Bemerkungen des Einsenders.

Die Prozeß-Ordnung spricht in dem §. 659 kategorisch aus, daß mit dem Gesuche um Wiederherstellung zugleich derjenige Vortrag, mit dem die Parthei ausgeschlossen worden sey, beigebracht werden müsse, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob schriftliches oder mündliches Verfahren stattfindet. Daraus folgt, daß es dem der Wiederherstellung Bedürftigen überlassen ist, ob er sein Gesuch und seinen Vortrag schriftlich oder mündlich anbringen will, daß er aber eines von beiden thun müsse, wenn er sein Ziel erreichen will.

Daß bei dem mündlichen Verfahren die Wiederherstellungsbitte mit dem versäumten Vortrage schriftlich angebracht werden könne, kann nach §. 217 der P.O. keinem Zweifel unterliegen, weil hiernach jeder Parthei-Vortrag, worauf erst weitere gerichtliche Verhandlung einzuleiten ist, welcher Fall gerade hier vorliegt, mündlich oder schriftlich geschehen kann.

Daß es, wie die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe sagen, dem Appellanten nicht möglich gewesen sey, auf dem eingeschlagenen Wege seine Vernehmlassung zu Protokoll zu geben, muß deshalb bezweifelt werden, weil der Untergerichter gehalten ist, den um Wiederherstellung Nachsuchenden jeden Tag anzuhören, und seinen Vortrag zu protokolliren. Der Appellant hatte sich aber gar nicht vor dem Untergerichte eingefunden.

Die Anberaumung einer neuen Tagfahrt war zur Aufnahme der Vernehmlassung nicht nothwendig, sondern nur zur Abgabe der Replik und Duplik.

Hätte sich der Appellant zur Abgabe seiner Vernehmlassung bei dem Unterrichter gemeldet und wäre er nicht angehört worden, dann hätte er einen Grund zur Wiederherstellung für sich gehabt.

Consequent hätte man die schriftliche Bitte des Appellanten um Wiederherstellung nicht berücksichtigen dürfen, da man annahm, er habe seine Vernehmlassung nur mündlich abgeben können.

Entweder ist Beides schriftlich zulässig, oder keines von beiden. Die Prozeß-Ordnung gestattet keinen Unterschied.

Die Ansicht des Unterrichters dürfte hiernach schon nach dem Wortlaute der §§. 659 und 217 der P.O. als gerechtfertigt erscheinen, sie findet aber auch noch in der ratio legis ihre Stütze. Der §. 659 der P.O. hat offenbar den Zweck, der Lust zur Verzögerung der Prozesse entgegen zu wirken. Die gegentheilige Ansicht eröffnet dieser Lust ein unermeßliches Feld, während nach der hier vertheidigten Ansicht nur eine Verzögerung von je 14 Tagen, der Dauer der Restitutionsfrist, möglich ist *).

Fr. Schenkh.

II.

Zur Lehre vom Diebstahl. In wie weit sind die aus Näscherei und Leichtsinn begangenen Entwendungen als gemeine Diebstähle zu betrachten?

Im Koffer des Bäckergesellen Friedrich B. wurde von seinem Meister ein Laib Brod zu 3 Kreuzer und ein Milchbrod zu 1 Kreuzer aufgefunden. Der Geselle, auf Anzeige seines Meisters, zur Verantwortung gezogen, gestand vor Amt ein jene Gegenstände „vom Ofen weg entwendet und in seinem Koffer unter Kleider versteckt zu haben," worauf ihn das Amt als des Gesindediebstahls schuldig gemäß §§. 73 und 86 des Strafedictes zu einer bürgerlichen Gefängnißstrafe von 9 Tagen u. s. w. verurtheilte.

Der vom Verurtheilten gegen das amtliche Erkenntniß ergriffene Rekurs hatte die Folge, daß das großherzogl. Hofgericht des Mittelrheinkreises unter Aufhebung dieses Urtheiles aussprach, es liege kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntnisses vor. Zur Begründung solchen Spruches ist in den Entscheidungsgründen bemerkt: da der Angeschuldigte als Bäckergeselle bei seinem Dienstherren genügende Kost anzusprechen hatte, und derselbe das sich zugeeignete Brod nicht zu andern gewinnsüchtigen Zwecken, sondern lediglich zum eigenen Genusse vom Ofen weg auf die Seite gethan hatte, so erscheine diese That keineswegs als Ehrhalten-Diebstahl im Sinne des §. 86 des Strafedictes, sondern blos als ein aus Leichtsinn und Näscherei begangener, polizeilich diebischer Frevel — Anhangsatz zum Strafedict §. 76 — und es mußte daher u. s. f.

Obwohl es nicht zu verkennen ist, daß nach den Forderungen gesetzgebender Vernunft und ausgleichender Billigkeit dem 19jährigen Brooddieb oder Brodfrevler diese glimpfliche Entscheidung gar wohl zu gönnen war, so möchte dieselbe doch nach dem bestehenden Strafrechte sich als eine unrichtige darstellen. Betrachten wir sie näher! Ist es doch von Wichtigkeit, den schwankenden Boden des bestehenden Strafrechtes, so lange der gehoffte neue und feste Boden noch nicht eingelegt ist, möglichst zusammen zu halten, zumal an Stellen, wo er häufig betreten wird, und dürfen wir doch, die wir früher in diesen Blätteen (Jahrgang 1840 Nr. 16 II. ein Wörtlein zu Gunsten der kleinen Diebe fallen ließen, jetzt, da es uns rechtgemäß deucht, um so füglicher auch ein Wörtlein gegen sie vernehmen lassen.

Der vom großherzogl. Hofgericht angeführte Zusatz zu §. 76 des Strafediktes, zu lesen in (Rhenanus S. 108 und Regbl. vom Jahr 1812 Nr. 20 Beilage, S. 20) lautet also:

> Blos polizeiliche diebische Frevel, wohin auch erste und zweite gemeine Felddiebstähle gehören, werden weder zur Strafbestimmung eines ersten, noch zur Herstellung des Daseyns eines zweiten, wirklichen Diebstahls mitgezählt, wohl aber frühere Diebstähle, deren eigene Strafe verjährt ist, zur Bestimmung der Strafe eines zweiten oder dritten.

Aus diesem Zusatz ist für uns nur das zu entnehmen, daß es außer ersten und zweiten gemeinen Felddiebstählen, auch andere blos polizeilich-diebische Frevel giebt u. s. w. Was für Diebereien zu dieser Klasse gehören muß aus anderen Gesetzen entnommen werden. Es gehören wohl dahin bloße Feldfrevel (Regierbl. 1803 Nr. 6 S. 21) so wie Entwendungen, die von jungen Dieben im Sinn des Gesetzes, (Strafedict §. 80) nämlich von noch nicht vierzehn Jahr alten Personen verübt sind. Dagegen wird sich aus keiner Gesetzesstelle begründen lassen, daß die hier in Frage kommende Entwendung gleichfalls unter diese Klasse falle *).

*) Sehr wahr! D. Red.

*) Wüchse bei uns wie auf den Inseln der Südsee und in Westindien das Brod auf Bäumen in Gärten und Feld, dann könnte die Sache freilich anders sich gestalten!

Digitized by Google

Wenn neuere Gesetzbücher bei der Begriffsbestimmung des streng richterlich zu ahndenden Diebstahls das „minima non curat praetor“ mehr oder weniger in die Wagschale bringen, wenn z. B. insbesondere nach würtembergischen Rechten (Strafgesetz Art. 316 folg. und Polizeistrafgesetz Art. 57) ein Diebstahl, welcher nicht mehr als 5 fl. beträgt, nur polizeilich mild bestraft werden soll; wenn die Kommission der zweiten Kammer unserer Landstände zu § 337 des jüngst vorgelegten Entwurfes eines neuen Strafgesetzes die Verbesserung vorschlug, daß nur eine Sache von einigem Werth *) Gegenstand eines Diebstahles seyn solle; so ist dieß als ein empfehlungswerther Fortschritt im Gebiet der Gesetzgebung zu betrachten, allein nach geltendem Rechte ist bei uns zum Gegenstande des Diebstahls nur eine bewegliche, nicht herrenlose Sache, die überhaupt Werth hat, (viel oder wenig) erforderlich.

Vergl. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, 1. Aufl. Thl III. §. 445 insbesondere auch Not. 1 lit. n. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes §. 312, 314, 315. Lauterbach, collegium theoretico-practicum. Lib. 47 tit. 2 §. 24. pr. Inst. Nr. 2. (de vi bonorum raptorum) u. s. w.

Wird der Begriff der gewinnsüchtigen Absicht so verstanden, wie ihn die Wissenschaft längst festgestellt hat, nämlich so, daß gewinnsüchtige Absicht durch Absicht die Sache zu gewinnen erklärt, somit nicht die Absicht eines Gewinnes im engern Sinne, einer unmittelbarn Vermögensbereicherung nothwendig gefordert wird, sondern immer nur eine bezweckte selbstnützige Verfügung, (vergl. Tittmann III. § 453. Feuerbach § 319. l. 54 in fin. D 47, 2 (de furtis) so erscheint die Entwendung aus Nascherei als eigentlicher Diebstahl, und dem Strafrichter kommt es nicht zu, eine Ausnahme, die für die aus Leichtsinn oder Nascherei begangenen Garten- und Feldentwendungen durch die Verordnung vom 28. Jänner 1805 (Regierungsbl. Nr. 6) festgesetzt wurde, eine Ausnahme, die zumal durch die glimpflichere Behandlung der Garten- und Feldentwendungen überhaupt zu erklären ist, auf andere Klassen von Entwendungen auszudehnen. Selbst wenn man ihm das bedenkliche Recht zugestände, nach Rechtsähnlichkeit zu urtheilen, so dürfte dennoch bei jener Ausnahmsbestimmung nach bekanntem Grundsatz keinesfalls eine Ausdehnung stattfinden.

Was aber die Entwendungen aus Leichtsinn betrifft, so kann Leichtsinn bei dem Vorhandenseyn aller Merkmale des Diebstahls den Begriff des Diebstahls nicht aufheben.

Als Unterschlagung anvertrauter Habe wurde die angeführte Bodenentwendung vom großherzogl. Hofgericht nicht angesehen, stellt sich auch nach den Akten nicht als solche dar. In dieser Beziehung ist daher nichts beizufügen, und es mag das Gesagte genügen, die Unrichtigkeit der oberrichterlichen Ansicht darzulegen, und den Zweck des Verfassers Unrechtes im Rechte, wo es sich zeigt, nach Kraft und Gelegenheit zu bestreiten, in Erfüllung zu bringen. Eduard Brauer.

*) Vom practischen Standpunkte aus wäre wohl zu wünschen, daß der Werth etwas näher bestimmt würde, weil sonst z. B. der eine Richter 1 Milchbrod, der zweite 2 Milchbrode, der dritte 3, der vierte vielleicht erst 12 oder noch mehr Milchbrode für Sachen von einigem Werth erachten möchte.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Der Druck der im September v. J. angekündigten

Prozess-Ordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doctrin für praktische Rechtsgelehrte

erläutert von

Wilhelm Thilo,

Großherzoglich Badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt,

durch welche den praktischen Rechtsgelehrten unseres Landes der wesentliche Inhalt aller seit 8 Jahren über die neue Prozeßordnung erschienenen, sowohl legislatorischen als gerichtlichen und doctrinellen Erläuterungen, einschließlich der neuesten gesetzlichen Bestimmungen (der Prozeßnovelle mit ihren Motiven), und den schriftlich erlassenen Weisungen des großh. Justizministeriums, so wie einer Auswahl ungedruckter Entscheidungen und Ansichten des Hofgerichtes des Mittelrheinkreises im Gebiete der Prozeßordnung, zum bequemen Handgebrauche mitgetheilt werden sollen, hat begonnen und wird so rasch fortgesetzt, daß wir den verehrlichen Herren Subscribenten die bestellten Exemplare recht bald werden zusenden können.

Der zu Grunde gelegte Plan ist der des bekannten schätzbaren Werkes von Paillet: Manuel du Droit civil. Es leidet keinen Zweifel, daß es dem zweckmäßigen Gebrauch eines solchen Hülfsmittels sehr förderlich ist, wenn die Erläuterungen jedes einzelnen Satzes oder Paragraphen unmittelbar unter den Text, als Einschaltungen oder Noten gestellt werden, wodurch ein doppeltes Nachschlagen erspart, vornehmlich aber die Aufmerksamkeit auf den Text und die Erläuterung gleichzeitig gerichtet wird, eine Methode, der sich Paillets, Rogron, Sirey in seinen Codes annotés (für Baden bearbeitet vom Herausgeber), und der vaterländische verdienstvolle Rechtsschriftsteller Baurittel in seinem Handbuche des badischen bürgerlichen Rechts, bedient haben — und wenn eine solche Ausgabe zugleich in einem bequemen Format gedruckt ist.

Um diesem Bedürfniß zu genügen erscheint das Werk, circa 48 Bogen stark in Taschenformat, gleich der neuen Ausgabe des Landrechts, und der Subscriptionspreis für ein gut gebundenes Exemplar ist zu fl. 3. 36 kr. netto festgesetzt, während der Ladenpreis fl. 4. 48 kr. betragen wird. Der angekündigte besondere Abdruck der Erläuterungen erscheint dagegen nicht, da nur sehr wenige Exemplare davon bestellt wurden; wir haben den Subscriptions-Termin für die Prozeßordnung mit Erläuterungen bis Ende Februar d. J. verlängert, um den Bestellern des besondern Abdrucks der Erläuterungen Zeit zu lassen, uns anzeigen zu können, ob sie nun dafür diese zu erhalten wünschen.

Subscribentensammler erhalten auf 10 Exemplare, die sie zusammen bestellen, ein Freiexemplar; wogegen der Betrag für sämmtliche Exemplare bei der Zusendung durch Postnachnahme erhoben wird.

Karlsruhe, den 6. Januar 1841. **Die Verlagsbuchhandlung von Ch. Th. Groos.**

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 3. Karlsruhe den 16. Januar 1841.

I.

Ueber die Beweiskraft der Indizien im Criminal-Prozeß, nach den im Großherzogthum Baden bestehenden Gesetzen.

Die Frage: ob nach den in Deutschland und insbesondere im Großherzogthum Baden bestehenden Gesetzen der Richter ermächtigt sey, auf bloße Indizien (Anzeigungen) jemanden des ihm angeschuldigten Verbrechens für schuldig und eine peinliche Strafe gegen ihn zu erkennen, — hat in der Theorie und in der Praxis schon so vielen Streit veranlaßt, daß eine baldige Lösung derselben durch die Gesetzgebung selbst sehr zu wünschen ist. Der Streit der verschiedenen Meinungen darüber ist natürlich in Gerichts-Collegien am hartnäckigsten, wo die wechselseitige Mittheilung der Meinungen sich nicht auf die Auffindung und Feststellung von Lehrsätzen beschränkt, sondern ein schweres Schicksal über einen Menschen verhängen soll, — wo darum jeder auf Eid und Pflicht nur der eigenen freien und inneren Ueberzeugung folgen muß, und darum zu seiner Ergebung in fremde Ansichten nicht vermögt werden kann ohne Anerkennung des früheren eigenen Irrthums.

Eben diese ängstliche Gewissenhaftigkeit, dieses pflichtmäßige Festhalten an eigener Ueberzeugung führt — bei dem öfteren unvermeidlichen Wechsel der Mitglieder eines Gerichts — die verschiedensten Urtheile in gleichartigen Fällen, Unsicherheit und scheinbare Ungleichheit der Rechte herbei.

Gleichwohl läßt die Lösung des Zweifels über die Zulässigkeit des Beweises durch Indizien weder durch eine gesetzgebende Verfügung, noch durch authentische Erläuterung der Gesetze, sondern nur mit Einführung einer peinlichen Gerichts-Verfassung, von welcher die Schöpfung eines Urtheils aus Anzeigungen und Verdachtsgründen in nothwendiger Abhängigkeit oder wenigstens im Zusammenhang sich befindet, sich erwarten. Es ist daher nothwendig, daß bis dahin jeder, der zum Richteramte berufen ist, mit sich darüber im Reinen sey, in wie weit nach jetzt bestehender Verfassung und Gesetzen eine peinliche Verurtheilung auf Indizien gegeben werden dürfe.

Vieles ist hierüber schon geschrieben worden, und besonders haben in dem Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden Band I. Heft 3. sehr achtbare Stimmen im Widerspruch sich begegnet. Schwerlich wird man sich vereinigen, wenn man die Entscheidung für das Großherzogthum Baden einzig in dem Badischen Straf-Edicte selbst aufsuchen will. Dieses Gesetz, welches sich als ein provisorisches Normativ ankündete, hat den Punkt, wo eine Regel für die Beweiskraft der Indizien zu erwarten war, nur sehr behutsam berührt; es scheint dies der verhießenen verbesserten Gesetzgebung vorbehalten zu haben; ein klarer Ausspruch für eine, wie für die andere der streitenden Ansichten ist in dem Gesetze nicht zu finden.

Man bezieht sich einer Seits zur Behauptung der Zulässigkeit des Indizien-Beweises, und zugleich anderer Seits zur Widerlegung dieser Behauptung auf die §§. 10. 13. und 14. des Straf-Edicts, und jeder Theil will in diesen Sätzen die deutliche Bestätigung seiner Meinung erkennen. Die Vertheidigung des Indizien-Beweises deducirt besonders aus dem §. 13, daß mit der Aufhebung der Tortur (der peinlichen Frage) die Natur und Wirkung des Indizien-Beweises verändert, daß die in dem Institut der Tortur bestandene Beschränkung dieses Beweises aufgehoben, und daß dem künstlichen Beweise der Platz wieder eingeräumt worden, der ihm nach den ältern Gesetzgebungen, insbesondere der Römischen gebührte. Allein, dagegen läßt sich einwenden: Das Institut der Tortur war nie eine Beschränkung der Beweiskraft der Indizien; diese Beweiskraft war im Gesetze selbst beschränkt; sie sollte nach mehrfachen Gesetzesstellen nur einen halben oder unvollständigen Beweis geben; und die Tortur wurde als ein neues Mittel hinzugefügt, um durch Geständniß den Beweis zu vollenden. Hierdurch sollte man sich vielmehr zu der Folgerung berechtigt glauben, daß der unzureichende Indizien-Beweis nach Abschaffung der Tortur nur durch

Digitized by Google

unerzwungenes, freiwilliges Geständniß vervollständigt werden könne. — Es scheint nicht minder der §. 11. des Straf-Edicts der behaupteten Herstellung der Unbeschränktheit des Indizien-Beweises und durch Aufhebung der Tortur entgegen zu stehen. Im § 11. ist nämlich für geringere Verbrechen, welche keine Zuchthausstrafe zur Folge haben, das Erforschungsmittel der Wahrheit gestattet, — zwar ein milderes Mittel, als die Tortur, aber doch ein offenbares Surrogat für dieselbe zur Erweckung des Geständnisses. Wären mit Abschaffung der Tortur alle in der P.H.G.O. aufgestellte Schranken des Indizien-Beweises beseitigt worden, so wäre es überflüssig gewesen, in dem §. 11. noch das Erforschungsmittel der Wahrheit anzuordnen oder zuzulassen. Wenn für schwerere Verbrechen der Indizien-Beweis unbeschränkt hinreichen sollte, so ließe sich ein vernünftiger Grund nicht erdenken, warum die Gesetzgebung für leichtere Strafurtheile die alte Beschränkung vorbehalten habe.

Andere bemühen sich, aus dem in dem §. 14. des Straf-Edicts eingeschalteten Satze: „Wenn die vielen entfernten Indizien, die zusammen zu nehmen sind, damit der Richter im Stande sey, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des in Untersuchung liegenden Verbrechers zu ziehen" zu folgern, daß eine Zusammenfassung von Indizien genüge, um darauf die Erkennung der Schuldhaftigkeit zu gründen. Allein, der §. 14. handelt nicht vom Beweise durch Inzichten, sondern vom Beweise der Inzichten; hätte die Gesetzgebung aussprechen wollen, daß unbedingt ein vollständiger Beweis der Schuld durch Zusammenfallen selbst entfernter Indizien hergestellt werden könne, so hätte sie dies nicht in einem von einem andern Gegenstand handelnden Paragraphen und nicht in dieser Art dürfen einfließen lassen; ein solcher Fundamental-Artikel müßte in direkten Worten gegeben seyn, er konnte nicht indirekt in einen ganz andern Satz verwebt werden. Der erwähnten Stelle des §. 14. kann demnach keine weitere Deutung gegeben werden, als die Bestimmung der Erfordernisse zum Beweise der Inzichten, damit der Richter dieselben unter die Gründe seines Urtheils aufnehmen könne.

Nach diesen Betrachtungen der §§. 10. 11. u. 14 des Straf-Edicts scheint aus dem §. 10. die Folgerung zu fließen, daß in Fällen, die zur Tortur geeignet gewesen wären, jetzt nach Abschaffung der Tortur die Klag-Freisprechung oder Absolutio ab instantia ausgesprochen werden müsse. Denn, nachdem die peinliche Frage nur für zwei Fälle noch vorbehalten ist, wird weiter gesagt:

„Außer diesen beiden Fällen findet sie nicht statt; sondern es ist alsdann, wann nach Beschaffenheit der That und des Verbrechens aus der Entlassung des Thäters weder für die allgemeine Sicherheit, noch für die gesellschaftliche Sittlichkeit Gefahr zu befürchten ist, derselbe klagfrei zu erklären." —

Diese Sprache ist allerdings sehr direkt und bestimmt; gleichwohl scheint die angedeutete Folgerung nicht im Sinne der Gesetzgebung zu liegen, welche sich an anderer Stelle anders ausspricht. Nachdem nämlich im §. 10. die peinliche Frage (Tortur) mit Ausnahme zweier Fälle abgeschafft, — im §. 11. ein Erforschungsmittel der Wahrheit für mindre schwere Fälle angeordnet, — im §. 12. das Verbot des Reinigungseides aufgenommen worden; fährt das Gesetz sodann also fort: „Hieraus ergibt sich von selbst §. 13., daß dasjenige, was in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung über die Natur und Wirkung der Inzichten (Art. 18—44) so wie über Erfordernisse und Wirkungen der Bekenntnisse (Art. 48—57) gesagt wird, nur so weit anwendbar bleibt, als weit es und ohne einen Anklageprozeß zu haben, und ohne der peinlichen Frage sich zu bedienen, Anwendungs empfänglich ist."

Diese Stelle ist nicht so leer und nichts-sagend, wie sie im Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung B. I. Heft 3. in der gleichwohl sehr scharfsinnigen und gründlichen Abhandlung Seite 532—561 beurtheilt wird. Es ist vielmehr darin der im §. 10. dem Richter gegebene bindende Leitfaden wieder verlassen und dem richterlichen Ermessen anheim gegeben, in wie weit die peinliche Halsgerichts-Ordnung über die Natur und Wirkung der Inzichten außer dem Anklageprozeß und nach Abschaffung der Tortur noch anwendbar sey.

Diese Anwendbarkeit, da das Straf-Edict sie nicht näher und deutlicher erklärt, ist also in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung selbst aufzusuchen. Hierdurch geräth man aber wieder in das Gebiet des gemeinen Rechts und der allgemeinen Lehre, in den Streit der Criminalisten. Der Artikel 22 der P.H.G.O. ist es hauptsächlich, aus welchem jene Lehren und Streit ausgehen. Dieser deshalb merkwürdige Artikel sagt:

„Item ist auch zu merken, daß niemand auf einigerlei Anzeigung, Argwohns Wahrzeichen, oder Verdacht, entlich zu peinlicher straf soll verurtheilt werden, sondern allein peinlich mag man darauf fragen, so die Anzeigung (als hernach funden wirdet) genugsam ist; dann soll jemant entlich zu peinlicher straf verurtheilt werden, das muß auf eigen Bekennen, oder Beweißung (wie an andern Enden in dieser Ordnung klerlich funden wird) beschehen, und nit auf Vermuthung oder Anzeigung."

Aus diesem Artikel ist die Regel gezogen worden: Nur Bekenntniß, Zeugenaussage, Urkunden, Augenschein bilden gegen den Missethäter den zu seiner Verurtheilung hinreichenden Beweis;

(Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 569)

Digitized by Google

und weil nur diese Beweismittel dem Richter die unmittelbare Bestätigung der Begehung der Missethat durch den Angeschuldigten sollen geben können, so heißt dieser Beweis der direkte oder natürliche. Anzeigungen, welche durch Conclusionen den Richter zu jener Ueberzeugung führen, werden darum indirekter oder künstlicher Beweis genannt. — Die peinliche Halsgerichts-Ordnung kennt diese Terminologie nicht; sie ist durch die Doktrin gegeben worden. Da aber über die Auslegung des Art. 22 die größten Criminalisten, ja selbst Feuerbach und Grollmann darüber im Streite sind, so muß man behaupten, daß darüber eine feste Doktrin gar nicht bestehet. Weil jedoch die Abtheilung des Beweises in direkten und indirekten in der Natur der Sache ihren Grund hat, so muß man bei der Erwägung im einzelnen Falle sie im Auge behalten.

Hiernach bleibt aber die Frage: was ist direkter Beweis? — Das Wort: direkt, als Beiwort des Beweises, kann nichts anderes andeuten, als die gerade, unmittelbare Beziehung auf die Thatsache, welche selbst das zur Untersuchung gekommene Verbrechen ist. Das Geständniß des Angeschuldigten selbst, die Aussage des Zeugen nach eigener Wahrnehmung der That, sind daher direkter Beweis. — Indirekter oder künstlicher Beweis ist immer Schlußfolgerung aus andern Thatsachen auf die That und das Subjekt des Verbrechens; aber nicht jede Schlußfolgerung ist künstlicher Beweis. Nach der gegebenen Definition umfaßt der Begriff des direkten oder natürlichen Beweises mehr, als bisher die Doktrin in ihm verstanden wissen will. Nämlich:

A. In unmittelbarer Beziehung auf die Thatsache des Verbrechens steht jedes Geständniß des Angeschuldigten, das außergerichtliche wie das gerichtliche formelle Geständniß. Zum vollen Beweise reicht freilich das außergerichtliche Geständniß nicht hin; aber es ist ein direkter Beweis oder, wie man es nennen mag, der Anfang eines direkten Beweises.

B. Die Aussage zweier klassischer beeidigter Zeugen aus eigener Wahrnehmung der verbrecherischen That ist ein vollständiger direkter Beweis. Die Aussage eines einzigen klassischen Zeugen gilt als halber Beweis. Aber auch solche Aussage eines verdächtigen Zeugen, eines noch nicht eidesmündigen Zeugen, eines verwandten oder im Dienstverhältniß stehenden Zeugen hat unmittelbare Beziehung auf die verbrecherische That, und ist darum ein zwar unvollkommener, aber doch direkter Beweis; das Mangelhafte dieses Beweises durch verdächtige Zeugen kann darum durch Anzeigen oder andere Thatsachen saniret werden, welche allen Grund des Verdachts heben.

C. Es gibt Anzeigungen, welche mit der verbrecherischen That als Ursache oder noch mehr als Folge und durch Zusammentreffen mit ihr in Ort und Zeit so unmittelbar zusammenhängen, daß sie mit ihr eigentlich nur einen Thatbestand ausmachen.

Zu solchen Anzeigungen gehört z. B. beim Diebstahl der Besitz der gestohlenen Sache gleich nach begangenem Diebstahl in den Händen des Menschen, der zur Zeit des begangenen Diebstahls am Orte desselben sich befunden hat, und über den rechtlichen Erwerb sich nicht ausweisen kann, oder eine erwiesener Maßen fälschliche Erwerbart behauptet. — Um dies Beispiel noch augenscheinlicher und überzeugender zu machen, setze man den Fall in folgender Weise: Es sind zwei Menschen miteinander beschäftigt an einem Tische, auf welchem sie eine goldene Uhr liegen sehen; sie nehmen wahr, daß ein anderer Mensch dem Tische sich nähert und etwas davon hinwegnimmt, sie beobachten aber in ihrer Beschäftigung nicht, daß die goldene Uhr hinweggenommen wird; kurz nach der Entfernung des Diebs bemerken sie, daß die Uhr auf dem Tische fehlt; man eilt dem Verdächtigen nach und findet bei ihm die gestohlene Uhr. — Auch die Bekämpfer des Indizien-Beweises werden wahrscheinlich zugeben, daß durch die Aussage der Zeugen, die die Hinwegnahme bemerkten, und durch den Besitz ein direkter Beweis vollkommen hergestellt sey. Es findet zwar auch hier aus dem Besitze eine Schlußfolgerung statt, daß nämlich das durch diesen Menschen vom Tische hinweggenommene die goldene Uhr gewesen sey; aber dieser Besitz trifft mit der Hinwegnahme von dem Tische in Ort und Zeit so nahe zusammen, daß er damit eine Thatsache bildet. (?) Eine nothwendige Folge des Diebstahls ist der Besitz der gestohlenen Sache gleich nach begangenem Diebstahl; der mit der Hinwegnahme zusammentreffende Besitz macht den Thatbestand des Dirbstahls. Der Besitz, der mit Ort und Zeit des Diebstahls coincidirt, steht demnach in unmittelbarer direkter Verbindung mit der Thatsache des Verbrechens, und ist daher mehr als Anfang eines direkten Beweises, — ein manchmal des Zeitmaßes wegen noch unvollständiges Mittel des Beweises, der aber, wenn der Inhaber der gestohlenen Sache sich über redlichen Erwerb nicht ausweisen kann, dadurch und durch andere indizirende Thatsachen und durch verdächtige Individualität zum vollständigen Beweis erhoben werden kann.

Das nämliche gilt auch bei Verbrechen anderer Art, z. B. bei Verwundung. Der Zeuge, der den Schlag gesehen hat, aber nicht die Wunde, wird in seiner Aussage doch einen direkten Beweis der Verwundung geben. Es schweben zwar zwei thatsächliche Momente hier vor: der Schlag und die Verwundung, weil nicht jeder Schlag eine Verwundung ist. Die Verwundung erscheint aber hier als Folge des Schlags, und zwar als nothwendige Folge, wenn beide Thatsachen in Ort und Zeit zusammenfallen.

Digitized by Google

Die durch die Zeugenaussage bestätigte Thatsache des Schlags ist darum direkte Anzeige und direkter Beweis der Verwundung.

Ferner: Der Gang eines Menschen nach dem Orte, wo eine Verwundung geschah, ist an sich nur eine sehr entfernte Anzeigung oder nur ein Grund zum Verdacht gegen ihn. Wenn aber nach Zeugenaussage dieser Mensch von dem Orte der That und zur Zeit, wo die That geschehen seyn mußte, mit Blute bespritzt hinweg gegangen ist, so steht diese erwiesene Thatsache abermals in kausaler unmittelbarer Verbindung mit der That des Verbrechens, und ist dadurch ein direkter, wenn gleichwohl nach Umständen unvollständiger Beweis. (?)

Es werden bei allen Verbrechen ähnliche, im Kausalzusammenhang und in Ort und Zeit mit der That des Verbrechens sich vereinigende Thatsachen oder Anzeigungen sich ergeben können.

So viel über den Gebrauch der Worte: Direkter Beweis. Passender würde man statt ihrer sagen: Natürlicher Beweis, welchen Ausdruck die Juristen als gleichbedeutend mit den Worten: „Direkter Beweis" gelten lassen.

Vorstehende drei unter A. B. C. als Zusätze zur Lehre vom direkten Beweis gegebene Regeln sind allerdings abweichend von der ältern Doktrin; sie finden aber bei Grollmann (Grundsätze der Criminal-Rechtswissenschaft (§. 451.) und in der vortrefflichen Abhandlung von Dr. C. L. A. Eisenhart (Archiv des Criminal-Rechts, B. III. Stück 1. Seite 74) eine mächtige Stütze.

In Beziehung auf die zwei ersten der gegebenen Regeln ist zu bemerken, was Eisenhart darüber sagt:

„Die peinlichen Gesetze, namentlich die Halsgerichts-Ordnung Karls V. und mit ihnen die meisten Schriftsteller gebrauchen die Benennung Indizien oder Anzeigen auch von dem mangelhaften natürlichen Beweise der Hauptsache, wie sie denn z. B. das außergerichtliche Geständniß, die Aussage nur eines klassischen Zeugen über die Hauptsache, mit darunter verstehen. Zur Vermeidung der aus diesem Doppelsinn des Worts Indizien, Anzeige, leicht entstehenden Verwirrung der Begriffe, halte ich es für nothwendig, nur Thatsachen, welche bei dem künstlichen Beweise zum Grunde liegen, mit diesen Benennungen anzudeuten, hingegen die durch einen mangelhaften natürlichen Beweis nur wahrscheinlich gemachte Hauptsache mit dem Ausdruck der an sich mangelhaft oder unvollständig erwiesenen Hauptsache, oder durch eine gleichbedeutende Benennung anzuzeigen."

Eisenhart zählet also außergerichtliches Geständniß und Aussagen nicht klassischer Zeugen nicht zum künstlichen, also zum direkten Beweise, den er aber mangelhaft oder unvollständig nennt. Die Praxis ist in neuerer Zeit dem beigetreten.

Bezüglich auf die dritte der vorbemerkten Regeln, auf den Beweis durch direkte Anzeigen, bedient zwar Eisenhart dieses Worts sich nicht; er nennt solche Anzeigen absolut nahe Anzeigen (§. 7. der Abhandlung) und gibt Beispiele daran im §. 9. Seite 83 ff. Er sagt sodann im §. 10. S. 91 in fine:

„Der zusammengesetzte künstliche Beweis, insofern auf dabei zum Grunde liegenden Thatsachen Gewißheit der Hauptsache einer Missethat entspringt, ist daher nach demjenigen, was die Carolina über den Begriff von Anzeigen äußert, nicht mit darin begriffen, sondern ist vielmehr zu der Beweisung zu rechnen."

Grollmann l. c. Seite 649 sagt:

„Daß aus der Combination mehrerer Umstände, welche an sich nur Vermuthungen bewirkt haben würden, auch ein vollständiger künstlicher Beweis entstehen könne, ist alsdann keinem Zweifel unterworfen, wenn sich aus dieser Combination ein nothwendiger Zusammenhang zwischen den combinirten Umständen und dem Beweissatze ergibt."

Hierin liegt eine Uebereinstimmung mit der gegebenen Regel; bei solcher Uebereinstimmung kömmt es aber auf Worte nicht an, die übrigens aus dem Satze selbst sich näher erklären. Denn ein nothwendiger Zusammenhang kann nie ein künstlicher, sondern muß immer ein natürlicher seyn; unkünstlicher und natürlicher Beweis sind aber in der Doktrin Synonime.

(Siehe Grollmann, l. c. Seite 431. — Martin, Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Prozesses §. 67. Feuerbach l. c. §. 566. 2.)

Allem bisher gesagten steht Feuerbachs Lehre entgegen, welcher Indizien jeder Art nur als Vermuthungsgründe gelten läßt (l. c. § 543) und für unkünstlichen Beweis nur 1. Okular-Inspektion, 2 Zeugen, 3. Dokumente, 4. Aussage des Angeschuldigten aufnimmt. Es genügt nicht, einer solchen Autorität nur die genannten anderen entgegen zu stellen; es ist besser und nöthig für eine entgegengesetzte Meinung die Begründung im Gesetze selbst aufzusuchen. Hier begegnet man nun sogleich dem bekannten Art. 22 der P.H.G.O. — Dieser Artikel sagt nun freilich:

„daß niemand auf aynicherley Anzeigung, Argwohns Wahrzeichen, oder Verdacht, entlich zu peinlicher straff soll verurtheilt werden, sonder allein peinlich mag man darauf fragen. ."

Die Auslegung dieses Artikels hängt von Lösung der Frage ab: Was versteht das Gesetz unter den Worten: Anzeigung? Argwohn? Verdacht? — — Nach allgemeinem

und altem Sprachgebrauch sind die Worte Argwohn und Verdacht gleichbedeutend. Die Meinung, daß jemand eine That begangen habe, weil zu anderer Zeit andere ähnliche oder aus nämlicher Quelle im Innern des Gemüths geflossene und den Charakter aufdeckende Handlungen von ihm begangen worden sind, ohne daß ein Zusammenhang dieser mit der angeschuldigten That besteht, — diese Meinung ist reiner Verdacht, Vermuthung oder Argwohn. Wenn z. B. ein Mensch einmal oder mehrmalen gestohlen hat, so kann man leicht auf den Verdacht gerathen, daß der nun zu untersuchende Diebstahl durch den nämlichen Menschen begangen worden sey.

Wenn aber erwiesene Thatsachen eines Menschen mit der ihm angeschuldigten Hauptthatsache in einem kausalen Zusammenhang als Anlaß dazu oder als Folge derselben stehen oder zu stehen scheinen, oder als Anfang derselben betrachtet werden können, so sind diese Thatsachen Anzeigungen im engeren Sinne des Worts. Diese sind entweder entfernt, oder nähee und dringend. Wenn z. B. ein Mensch mit einem Prügel versehen auf dem Wege zu dem Orte, wo eine Verwundung darnach geschah, gesehen worden ist, so ist dies gegen ihn eine Anzeigung, weil das Hingehen an den Ort dee That und die Ergreifung des Prügels als Vorbeeeitung oder Uebergang zur That selbst angesehen werden kann. Diese Anzeigung ohne Unterstützung duech andere Anzeigungen kann aber nur eine entfernte bleiben.

Wenn aber der Causal-Zusammenhang der indizirenden Thatsachen mit der Hauptsache so eng ist, daß er vernünftiger Weise nicht anders als nothwendig gedacht werden kann, so ist diese Anzeigung mehr als dasjenige, was der Art. 22. unter Anzeigung andeuten will. Zwar sagt dieser Artikel weiter:

„— — soll jemand entlich zu peinlicher straff verurtheilt werden, daß muß auf eigen Bekennen, oder Beweißung — — beschehen, und nit auf Vermuthung oder Anzeignng."

Hier wird unter den verschiedenen Graden der Anzeigung ausdrücklich kein Unterschied gemacht. Das Verbindungswörtchen oder könnte auch die Deutung zulassen, daß auch hier die Worte Vermuthung und Anzeigung als Synonime in den Artikel eingeflossen seyen. Diese Deutung wird bestärkt durch den Art. 19: Von Begreifung des Wörtleins Anzeigung. — Dieser Artikel sagt:

„Item wo wir nachmals redlich Anzeygen melden, da wöllen wir alwegen, redlich Wahrzeichen, Argkwohn, Verdacht, und Vermuthung auch gemeynt haben, und damit die übrigen Wörter abschneiden."

Wenn man demnach dem Art. 22 nur auf Verdacht und Vermuthung eine Anwendung geben wollte, so geschähe dies mit Unrecht; auch Anzeigungen im engern Sinne sind ohne Zweifel darin begriffen. Auf jene dringende Anzeigungen aber, welche von gewöhnlichen, gemeinen Anzeigungen wohl auszuscheiden sind, erstreckt sich der Art. 22 nicht. Dies geht deutlich hervor aus dem Art. 16 von unzweifenlichen Missethaten.

Schon diese Ueberschrift zeigt, daß hier von anderer Anzeigung die Rede sey, als in dem Art. 22. Wozu wäre auch dieser Art. 16 gegeben, wenn der Art. 22 ihn schon umfaßte? — Dieser Art. 16 sagt nur:

„Item sollen sonderlich Richter und Urtheiler ermannt seyn, wo eyn Mysthatt außerhalb redlicher Ursach die von peinlicher straff rechtlich entschuldigt, offenlich und unzweifenlich ist oder gemacht würde, als so eyner one rechtmäßig und getrungen Ursach eyn offentlicher muthwilliger Feind oder Friedbrecher wer, oder so man eynen an warer Uebelthat beteitt, Auch so einer den gethanen Raube oder Diebstall wissentlich bey ihm hett, und das mit keinem Grund widersprechen, oder rechtlichen verursachen oder verlegen möge, als hernach bey jedee gesezter peinlichen straf (wann die Entschuldigung hat) funden wirdt, Inn solchen und dergleichen offenlichen unzweifenlichen Uebelthaten, und so der Thaeter die offen, unzweifenlichen Uebelthat frevenlich widersprechen wolt, so soll In der Richter mit peinlicher ernstlicher Fragr zu Bekentnuß der Warheyt halten, damit in solchen offentlichen unzweifenlichen Mißthaten die entlich Urtheyl und straff mit dem wenigsten kosten, als gesein kann, gefördert und volnzogen werde."

Das Beispiel von Diebstahl, welches in diesem Artikel gegeben ist, ist dasselbe, welches oben unter Lit. C. angeführet woeden ist.

Das Gesetz nennt hier in subjektiver Beziehung die Anzeigung oder die Missethat unzweifentlich, also gewiß oder doch mindestens an Gewißheit gränzend. Was das Gesetz unzweifelhaft nennt, muß mehr als halb, also weiter erwiesen seyn, als durch einen klassischen Zeugen, der nach Art. 23 u. 30 nur eine halbe Beweisung gibt, welche auch nur eine redliche Anzeigung, Argwohn oder Verdacht gegen den Missethäter macht. In den im Art. 16 bezeichneten Anzeigungen liegt also mehr als ein halber, sogenannter direkter Beweis durch einen klassischen Zeugen. — Zwar wird in diesem Art. 16 der ausgesprochenen Unzweifelhaftigkeit ohngeachtet auch die Anwendung der peinlichen Frage angeordnet; aber nicht um eine Zweifelhaftigkeit zu beseitigen, sondern um den frevenlichen Widerspruch zu beugen, und damit in solchen unzweifelhaften Missethaten die Unter-

Digitized by Google

suchung kürzer und weniger kostspielig werde. Nichts anderes ist wohl der Sinn der Worte:

„damit in solchen offentlichen unzweifelhaften Missethaten die entlich Urtheil und straf mit den wenigsten Kosten, als gesein kann, gefördert und vollzogen werd.“

Das in der P.H.G.O. durchgeführte Princip: Erzwingung des Bekenntnisses durch die peinliche Frage ist daneben zwar auch aufgenommen; aber scheide man aus dem Artikel die peinliche Frage aus, so bleibt von dem Inhalt des Artikels nach dessen Fassung und wörtlicher Bestimmung die Unzweifelhaftigkeit der Missethat fortbestehen. Ob diese Unzweifelhaftigkeit oder Gewißheit im einzelnen Falle noch eine Ergänzung durch weitere Indizien bedürfe oder erlange, dies muß dem Ermessen des Richters überlassen bleiben.

Dieser Sinn möchte auch wohl der Behauptung Grollmanns beizulegen seyn, wenn er l. c §. 451. b Note e. sagt: Daß dieser Artikel (22) wirklich nichts anderes, als eine Wiederholung der L. 5. dig. de poenis — wie diese auch in dem Gegensatz gegen die L. 25. Cod. de probat. zu verstehen sey — enthalte.

Ausführlicher spricht sich im nämlichen Sinn Eisenhart aus in der allegirten Abhandlung §. 10. Seite 91 ff.

Diesen Juristen folgend, irret man nicht, wenn man in der Peinl. Halsgerichts-Ordnung jene Distinktion der Indizien wieder findet, welche das Römische Recht gegeben hat. Denn, indem L. 5. Dig. de poenis sagt:

„Sed nec de suspicionibus (Verdacht, Vermuthung, Argwohn) debere aliquem damnari, Divus Trajanus Assiduo Severo rescripsit; satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari.“

so stimmt dieses Gesetz vollkommen mit dem Art. 22 der P.H.G.O. überein, weil nach Art. 19 auch Anzeigungen nicht mehr als Verdacht, Vermuthung oder Argwohn manchmal seyn können. — Lex 25 Cod. de Probationibus dahingegen verordnet:

„Sciant cuncti Accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem *indubitatis* et luce clarioribus expedita.“

Von solchen unzweifelhaften (indubitatis) Anzeigen oder Indizien spricht ebenfalls der Art. 16 der P.H.G.O. im Gegensatz zu dem Art. 22. — Indem der Art. 16 die Anzeigungen, wovon er Beispiele gibt, unzweifelhaft nennt, und die peinliche Frage nur noch fordert, damit Urtheil und Straf mit wenigsten Kosten gefördert und vollzogen werde, so hat er offenbar die in L. 25 Cod. de prob. aufgestellte Regel aufgenommen.

Diese Auffindung des Römischen Rechts in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung oder dessen Anwendung zur Interpretation der letztern rechtfertigt sich ferner

a) aus deren Inhalt selbst: denn ihr ganzes System der Beweisführung (außer dem, was von Anzeigungen gesagt ist) ist aus dem Röm. Recht genommen;

b) mehrfach bezieht sich die peinliche Halsgerichts-Ordnung auf das gemeine Recht; z. B. Art. 101:

„Item so jemandt unsern gemeinen geschriebenen Rechten nach, durch ein Verhandlung das Leben verwürkt hat.“

Noch öfters erwähnt sie des Kaiserlichen Rechts, wofür bekanntlich zu jener Zeit das Römische Recht vorzüglich gegolten hat; endlich

c) Der Reichsabschied vom J. 1532, welcher die peinliche Halsgerichts-Ordnung als Deutsches Reichsgesetz verkündete, verweist neben derselben ausdrücklich auf das gemeine Recht mit folgenden Worten:

„— — damit alle und jede Unsere und des Heiligen Reichs Unterthanen sich hinfürter in Peinlichen Sachen, in Bedenken der Größe und Gefährlichkeit derselben, jezt angezeigter Ordnung, den gemeinen Rechten, Billigkeit, und löblichen hergebrachten Gebräuchen gemäß halten möge — —“

d) Auch das Badische Straf-Edikt hat ausdrücklich anerkannt, daß die ältere Deutsche Straf-Gesetzgebung (in welcher ohne Zweifel das Römische Recht mitverstanden war) in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung aufgenommen war. Das Edikt sagt in seiner Einleitung:

„— finden Wir nöthig über die Anwendungs-Art der allgemeinen in der vorgedachten peinlichen Halsgerichts-Ordnung vorliegenden Reichsstrafgesetzgebung nachstehendes provisorisches Normativ anmit vorzuschreiben und zu verkünden.“ Sollte über diese Auslegung des Edikts noch ein Zweifel obwalten, so dürfte dieser durch Zusammenhalten dieser Stelle des Edikts mit dem Reichsabschied vom J. 1532 gehoben seyn.

Aus diesen Erwägungen der gegebenen Gesetze, insbesondere der Uebereinstimmung der P.H.G.O. mit den Römischen Gesetzen als gemeinem Recht, geht die in dem §. 13. des Badischen Straf-Edikts angedeutete Anwendbarkeit der peinlichen Halsgerichts-Ordnung über die Natur und Wirkung der Inzichten, ohne der peinlichen Frage sich zu bedienen, in ihrem ganzen Umfange hervor, und damit zugleich die Rechtfertigung der Meinung, daß Anzeigungen (Indizien) der Art, wie sie in gegenwärtigem Aufsatze unter Lit. C. bezeichnet sind, zu einem — nach dem Ermessen des Richters — vollständigen oder durch andere Inzichten zu ergänzenden Beweise hinreichen.

St.

Digitized by Google

II.

Ueber die Beweiskraft der stummen Quittungen (Annalen Nr. 31. dieses Jahrgangs).

Auf die Anmerkung der Redaction über meine Ausführung in obigem Betreff erlaube ich mir folgendes zu erwidern:

Die Redaction versteht unter einer Quittung eine Urkunde über die Erlöschung einer Verbindlichkeit überhaupt, und unter einer stummen Quittung eine Urkunde, in welcher die Angabe des Erlöschungsgrundes einer Verbindlichkeit mangelt, in welcher nämlich nicht gesagt ist, ob die Verbindlichkeit durch Zahlung, durch Wettschlagung, durch Erlassung oder wie sonst getilgt sey.

Diese Ansicht dürfte wohl nicht die richtige seyn.

Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sowie nach der juristischen Kunstsprache ist eine Quittung einzig und allein eine Bescheinigung über die erfolgte Zahlung einer Verbindlichkeit — ein Zahlungsschein. —

Apochu, quintantia, professio est *pecuniae solutae*, quae datur debitori a creditore sagt Gothofredus ad l. 19. C. de fide instrum (4. 21.)

Quittance (Quittung, Zahlungsschein) Ecrit que l'on donne à quelqu'un, et par lequel on declare qu'il *a payé*, *aquitté* quelque somme d'argent, quelque redevance, quelque droit etc. etc.

so steht geschrieben in dem für Deutschland bearbeiteten französischen Dictionaire de l'Academie.

Eine Quittung ist eine schriftliche Erklärung, worin der Gläubiger seinem Schuldner den Empfang Dessen, was er an ihn zu fordern hätte, ganz oder zum Theil bekennt — also ist in jedem deutschen Wörterbuch zu lesen.

Dieselbe Bedeutung hat das Wort Quittance, Quittung, in dem französischen und badischen Civilrecht. Dieses erhellet aus einer Menge von Gesetzesstellen, wie namentlich S. 1250. 1255. 1256. 1332. 1502. 1534. 1549. 1716. 1848. Anh. S. 137 a und insbesondere aus der Natur der in S. 1234 angeführten Erlöschungsgründe.

Die Rechtswandlung ist ein eigener Vertrag S. 1271, ebenso die Erlassung einer Verbindlichkeit S. 1282 ff., und die hierüber ausgestellten Urkunden sind besondere Vertragsurkunden *), welche mit dem Ausdrucke Quittung nirgends bezeichnet werden.

Was sodann die anderen Erlöschungsgründe anbelangt, so bedarf es vermöge der Eigenthümlichkeit derselben keiner eigenen Beurkundung über die Erlöschung der Verbindlichkeit; man vergleiche über die Wettschlagung S. 1290, die Rechtsvermischung S. 1300, den Untergang der Sache 1302, die Ungültigkeit oder Umstoßung S. 1304 ff., den Erfolg einer auflösenden Bedingung S. 1183. 1184 und die Verjährung S. 2219.

Aus all diesem ergiebt sich zur Genüge, daß eine Quittung nichts weiteres ist als ein Zahlungsschein, nämlich eine Urkunde über die geschehene Zahlung oder Erfüllung einer Verbindlichkeit. Es versteht sich somit von selbst, daß eine stumme Quittung nur eine solche Quittung ist, welche den Grund der bezahlten Schuld (causa debiti soluti) nicht enthält, nämlich nicht angiebt, auf welche Forderung die bescheinigte Zahlung sich bezieht.

Eine stumme Quittung lautet demnach etwa also:

Quittung
über 120 fl.

Einhundert zwanzig Gulden, welche der Unterzeichnete von seiner Mutter Franziska Börnbach am heutigen richtig und baar erhalten zu haben bescheinigt.

Villingen, 18 November 1833.

Joseph Göth.

Um eine wörtlich also lautende Quittung handelt es sich gerade in dem von mir erwähnten durch das Hofgericht des Seekreises entschiedenen Rechtsfalle.

Dagegen sind die von der Redaction beispielsweise angeführten für stumme Quittungen ausgegebenen Urkunden wirklich vollbeweisende Urkunden; die erste ist eine vollständige Quittung, und die zweite eine vollständige Urkunde über die Erlassung der Schuld.

Was nun die Beweiskraft einer stummen Quittung betrifft, so pflichtet die Redaction zum Theil meiner Meinung bei, wenn sie sagt:

---

*) Nichtsdestoweniger kann auch eine Urkunde, welche nicht den Vertrag selbst enthält, etwa dahin ausgestellt werden, daß eine gewisse Verbindlichkeit durch Rechtswandlung getilgt sey. Die Frage, ob man eine solche Urkunde, sowie jene, worin bescheinigt ist, daß eine Verbindlichkeit durch Erlassung, Wettschlagung, Rechtsvermischung ꝛc. ꝛc. getilgt sey, eine Quittung nennen? ist nur ein Wortstreit. Nennt man sie nicht Quittungen, versteht man unter diesen vielmehr nur jene Urkunden, worin eine Zahlung (also schon eine bestimmte Art der Erlöschung von Verbindlichkeiten) bescheinigt wird, so gibt es eben keine stummen Quittungen in dem Sinne, wie es stumme Schuldscheine gibt, welch' letztere gerade deshalb als stumme bezeichnet werden, weil sie den Rechtstitel nicht angeben, durch welchen die Schuld entstanden ist. Alles, was von stummen Schuldscheinen gesagt wird, wäre daher auf Quittungen unanwendbar, da diese letztern immer schon die Zahlung als den Erlöschungsgrund einer Verbindlichkeit angeben würden, — und wenn man unter stummen Quittungen diejenigen verstehen wollte, durch die nicht ausgedrückt wäre, auf welche von verschiedenen Verbindlichkeiten sich eine geleistete Zahlung beziehe, so dürfte man wenigstens den Grundsätzen, die von stummen Schuldscheinen gelten, auf jene ihrer Natur nach davon ganz verschiedenen stummen Quittungen keine analoge Anwendung geben.

D. Red.

Digitized by Google

„Es ist übrigens nicht nöthig daß in der Quittung jedesmal die einzelne Forderung, zu deren Tilgung die Zahlung geschieht, genannt sey, es genügt wenn die Quittung allgemein auf Rechnung lautet, denn in diesem Falle gilt sie auf jede Forderung, die der Zahlungsempfänger zur Zeit der Zahlung an den Zahlenden zu machen hatte.“

Die Redaction betrachtet die Frage über die Beweiskraft einer stummen Quittung lediglich als factisches Moment, wornach es dem richterlichen Ermessen überlassen ist, eine stumme Quittung nach den vorliegenden Umständen für vollbeweisend oder blos als Anfang eines schriftlichen Beweises anzunehmen.

Die Ansicht der Redaction wird aber durch kein gesetzliches Fundament unterstützt. Der Ausdruck „auf Rechnung“ hat nicht in den gemeinen bürgerlichen Rechtssachen verbindende Kraft und Gültigkeit, sondern nur in Handelssachen, woselbst die Angabe „auf Rechnung“ die Stelle der Rechtsursache vertritt. Anh. S. 110. 187.

Es dürfte daher immer noch die von mir ausgeführte Meinung den Vorzug verdienen, die Meinung nämlich, daß eine stumme Quittung — insofern sie, mit Ausnahme des Falles in S. 1332, die Förmlichkeiten einer vollbeweisenden Urkunde hat. S. 1322, und insofern sie die allgemeinen Erfordernisse einer gültigen Zahlung enthält — nicht blos als Anfang eines schriftlichen Beweises gelte, sondern volle Beweiskraft habe, und dem Gläubiger der Gegenbeweis obliege, er habe an den Schuldner noch mehrere Forderungen zu machen, vermöge welcher die in der Quittung bescheinigte Zahlung von der eingeklagten Schuld nicht in Abrechnung gebracht werden könne.

Ich fahre fort diese Ansicht näher zu begründen.

Nach S. 1315 hat zwar der Schuldner die geschehene Zahlung zu beweisen, es ist aber in dieser Gesetzesstelle nicht gesagt, daß die Urkunde über die Zahlung den Grund der Schuld enthalten müsse, und keine andere gesetzliche Vorschrift verlangt dieses, wie bei Schuldscheinen ausdrücklich verordnet ist.

Eine Quittung muß im Zweifel allerdings gegen den Gläubiger und für den Schuldner ausgelegt werden, und zwar deshalb weil der Gläubiger die Quittung geschrieben, mithin es allein in seiner Macht gestanden hat, sich deutlicher auszudrücken. Diese Rechtsregel folgt aus den Bestimmungen in S. 1256. 1256 a.

Aus dem Umstande, daß nach S. 1235 jede Zahlung eine Schuld voraussetzt, entsteht für den Schuldner mit einer stummen Quittung jedenfalls eine den unzulänglichen Inhalt derselben ergänzende factische Vermuthung, daß der Schuldner die eingeklagte Schuld bezahlt habe, wenn nicht der Gläubiger darthut, daß die bescheinigte Zahlung von der eingeklagten Schuld nicht in Abrechnung gebracht werden könne. Der Beweis durch Vermuthung ist in einem solchen Falle zulässig, weil eine stumme Quittung doch immerhin als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten kann, S. 1347. 1353, daher das Hofgericht des Seekreises in dem von mir erwähnten Rechtsfalle offenbar unrichtig entschieden hat, wenn es bei der oben angeführten stummen Urkunde wenigstens nicht auf Notheid erkannte, S. 1367.

Sodann ergiebt sich aus mehreren Gesetzesstellen, daß, um eine Zahlung darzuthun, überall kein so strenger Beweis erforderlich ist, wie zur Herstellung des Daseyns einer Verbindlichkeit S. 1248 a. 1332.

Abgesehen davon, so spricht für unsre Ansicht ganz bestimmt und klar der Satz 1256 in den Worten: Sagt die Quittung über die Aufrechnung nichts, es sind aber mehrere verfallene Schulden da, so muß die Zahlung auf diejenige gerechnet werden, deren Tilgung damals für den Schuldner die wichtigste war ꝛc. ꝛc.

Diese Gesetzesstelle sagt ja ausdrücklich, daß die Aufrechnung, das heißt der Grund der bezahlten Schuld, in der Quittung nicht angegeben seyn müsse.

Die Bestimmung in S. 1256 wäre auch ganz sinnlos und überflüssig, wenn in der Quittung der Grund der bezahlten Schuld oder die Aufrechnung immerhin angeführt seyn müßte; denn alsdann hätte die Vorschrift in S. 1255 ausgereicht, und es würde der Bestimmung im S. 1256 gar nicht bedurft haben *).

Nach dieser Ausführung stehen der hier vertheidigten Ansicht doch einige nicht ungewichtige Argumente zur Seite, und für dieselben scheint auch in Frankreich die Doctrin sowohl als die Praxis sich entschieden zu haben.

Haager.

*) Es wird bei näherer Erwägung allerdings anzuerkennen seyn, daß da, wo der Schuldner mehrerer Forderungen eine geleistete Zahlung nur nach der gesetzlichen Regel des S. 1256 aufrechnen will, es an einer Quittung über eine unbestimmt geleistete Zahlung genüge, indem eine Zahlung, wobei die dadurch getilgte Schuld nicht bezeichnet wird, als auf Abrechnung überhaupt geleistet zu betrachten seyn wird. Ist nämlich in der Quittung wirklich eine Zahlung bescheinigt, so ist damit nach dem gesetzlichen Begriffe von Zahlungen bescheinigt, daß der Zähler dem Empfänger die Leistung zur Tilgung einer Schuld gemacht habe, daß er also, wo nichts anderes gesagt ist, die Zahlung überhaupt auf Rechnung dessen, was er dem Empfänger schuldete, geleistet habe.

Will aber der Schuldner, ohne sich an die Regel des S. 1256 zu halten, eine Zahlung an einer bestimmten Forderung aufrechnen, so hat er entweder aus der Quittung oder auf andere Weise darzuthun, daß die Zahlung wirklich auf die von ihm angegebene Forderung geleistet worden sey, und in dieser Beziehung kann die Quittung, wenn sie diese Behauptung nicht gewiß, aber doch wahrscheinlich macht, als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe den 23. Januar 1841.

I.

Laurittel, Dr. K. Fr.*) Handbuch des badischen bürgerlichen Rechtes für Geschäftsmänner aller Art. Universitäts-Buchhandlung und Buchdruckerei der Gebrüder Groos. 1836.

Die Kultur unseres vaterländischen Rechtes erfreut sich der Theilnahme, welche bei der Dürftigkeit der ersten Meinungen wirklich als überraschend erscheint. Brauer's Erörterungen (6 Bände, 1809—1812) waren lange das einzige Werk, an welches sich der damals mit der französischen Literatur noch nicht bekannte Praktiker halten konnte. Die vielversprechenden Jahrbücher, von demselben Staatsmanne in Gemeinschaft mit Zachariä herausgegeben (1813), endeten ihre Laufbahn mit dem ersten Bande. Im J. 1829 erhielten wir die oberhofgerichtlichen Jahrbücher, meist Entscheidungen des obersten Gerichtshofes und Erörterungen praktischer Civil- und Kriminalfälle enthaltend, einmal durch den Tod des ersten Gründers und Herausgebers auf einige Zeit unterbrochen, später jedoch wieder regelmäßig fortgesetzt. Im J. 1824 erschien Treitlen's System des badischen Civilrechts. Dasselbe befaßte sich vorzugsweise mit der Bearbeitung der dem französischen Rechte fremden Lehren des einheimischen Privatrechts, in so weit solche mit dem Code napoleon als badischem Landrecht, verbunden, d. i. dem Systeme des Gesetzbuches selbst einverleibt, oder als neben demselben subsidiarisch maßgebend beibehalten wurden.

Von diesem Zeitpunkte an trat eine völlige Stille und Ruhe ein, welche bis zum J. 1829 dauerte. Jetzt erst begann ein regeres Leben. Wir verdanken ihm nicht nur Erscheinungen mehrerer gediegener Schriften über einzelne Theile des Civilrechts, z. B. Sander's Handbuch für Richter aller Stände, Bekk über die dinglichen Rechte und deren Bewahrung ꝛc., sondern auch periodische Werke zur Förderung des Studiums und der Kenntniß aller Theile des vaterländischen Rechtes. Dem Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung des Großherzogthums Baden gebührt das Verdienst, die Bahn gebrochen zu haben; ihm folgten die Annalen der großh. bad. Gerichte, und die Rechtsfälle mit Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichtshöfe zur Erläuterung des französischen Civilrechts, mit Rücksicht auf das badische Landrecht, endlich in der jüngsten Zeit die Blätter für Justiz und Administration im Verlage der Wangler'schen Buchhandlung zu Freiburg.

Zu diesen Unternehmungen, welche von dem Eifer und dem Zusammenwirken unserer Geschäftsmänner und Rechtsgelehrten zur Fortbildung der Rechtswissenschaft ein rühmliches Zeugniß geben, gesellt sich ein weiteres — den Bedürfnissen der Zeit nicht minder entsprechend und in gleichem Grade ehrenvoll — nämlich das nunmehr zu besprechende Handbuch des badischen bürgerl. Rechts.

Brauer's Commentar, so willkommen dessen Erscheinung gleich bei der Einführung eines neuen Gesetzbuchs seyn mußte, konnte in der Folge bei den raschen Fortschritten der Wissenschaft und Praxis nicht mehr genügen. Vielen blieb er schon seiner Sprache wegen unzugänglich. Eigenthümlichkeiten, welche in dem Gebrauche ungewöhnlicher Ausdrücke, in der Erfindung zahlreicher neuer Wörter, in einem schwerfälligen, schleppenden Periodenbau und in einer Gedankentiefe bestehen, in welche das Licht des reflektirenden Verstandes nur spärlich eindringt, sind eher geeignet, neue Mißverständnisse hervorzurufen, als alte zu heben. Es hat darum dieser Commentar trotz der Gelehrsamkeit, welche der Verfasser bei der Erörterung einzelner Materien entfaltet, im Ganzen zur Aufklärung der sich mit jedem Jahre vermehrenden Zweifel und Controversen wenig beigetragen. Der Praktiker, welcher aus Mangel an Zeit oder an der erforderlichen wissenschaftlichen Bildung nicht in der Lage war, sich selbst zu belehren, blieb hiernach größtentheils ohne Führer auf seinen Wanderungen in den Irregungen unseres Civilrechts.

*) ordentlicher Professor der Rechte an der großh. badischen ehemaligen Universität zu Freiburg im Breisgau.

Digitized by Google

Gar viele, höchst wichtige Fragen, welche die Anwendbarkeit des ältern Rechts und der aus der Nebeneinanderstellung verschiedenartiger Institutionen und Doctrinen hervorgehenden Konflikte betreffen, desgleichen über den Sinn und die Gültigkeit der Verordnungen und Erlasse, wodurch der Text des neuen Landrechts berichtigt, erläutert, abgeändert oder ergänzt wurde, mußte sich Jeder selbst beantworten. Diese Arbeit ist aber mühsamer und oft schwieriger noch, als die Comentierung des neuen Gesetzbuches.

Es war also eine weitere Hülfe allerdings wünschenswerth. Das vorliegende Handbuch will sie uns gewähren.

Der Verfasser vermehrt den Text des Landrechtes, indem er das ältere, noch geltende Recht, insbesondere die beiden Einführungsedikte und die sich darauf beziehenden Verordnungen, sodann die später erlassenen, in das Landrecht einschlagenden Gesetze mit aufnimmt. Er erläutert sie sofort und versieht sie mit Noten, welche auf die Parallelstellen oder die darauf bezüglichen Edikte, Rechtsbelehrungen ꝛc. hinweisen, oder einen Kunstausdruck erklären, oder auf eine Abweichung von dem Urtexte (Code napoleon) aufmerksam machen.

In einer allgemeinen Einleitung und in besondern Vorberichten bei den Hauptlehren des Gesetzbuches verbreitet er sich in ausführlichen, zum Theil systematisch bearbeiteten Abhandlungen über dessen organische Umgebungen, über die zu Grunde gelegten Principien, über die Motive des Gesetzgebers, über die historischen Momente, über Form, Sprache, Quellen und Literatur, während er zugleich bemüht ist, das Verhältniß unserer einheimischen Rechtsbestimmungen zu jenen des Code napoleon und des bei uns noch in subsidiärer Kraft bestehenden römischen Rechtes darzustellen.

Es war vorauszusehen, daß ein Werk, welches sich eine so umfangreiche Aufgabe gestellt hat, seiner Vollendung nicht bald entgegensehen werde.

Mit der 14. Lieferung sind 2 Titelblätter ausgegeben worden, unter welchen das bisher Erschienene in zwei, freilich etwas unförmliche Bände gebracht werden kann. Zugleich ist nun endlich der Umfang bestimmt, den das Werk im Ganzen erhalten soll. Der 3. Band, wovon Dreiviertel fertig, soll die L. R. S. 711—1100 d. e., der 4. die L. R. S. 1101—2070, und der 5. die L. R. S. 2071—2281 und das Handelsrecht enthalten.

Wir besitzen bereits 14 Lieferungen. Demungeachtet ist der Verfasser noch nicht über den Landrechtssatz 924 hinausgeschritten. Das Urtheil über den Werth oder Unwerth dessen, was in den bisherigen 14 Lieferungen geleistet wurde, wird einer umfassenden Recension vorbehalten bleiben müssen. Ich kann mich gleichwohl nicht enthalten, einige dem Plane der Uebersicht, wie ich sie zu geben beabsichtige, angemessene Bemerkungen der bisherigen Schilderung dieser literarischen Erscheinung beizufügen.

Derselbe sagt in seiner Vorrede: „Bei der Bearbeitung des gegenwärtigen Werkes habe ich eine Methode befolgt, welcher ich von jeher gehuldigt habe. In der aus Erfahrung geschöpften Ueberzeugung, daß ein getreues Referiren aus dem Gesetze unter steter Benützung der Quellen erster Hand zur schnellsten Belehrung und sichersten Anschauung des Gesetzes selbst führt, habe ich bei jeder Materie genaue Rechenschaft abgelegt, wie ich zu dem Resultate gekommen bin, und so Jedem die Möglichkeit bereitet, mich Schritt für Schritt in meinem Raisonnement zu kontroliren. Auf diese Weise habe ich alle, nicht schon für sich verständliche Bestimmungen aus ihren Principien entwickelt, ihren Sinn festgestellt und erläutert und durch ihre Folgesätze durchgeführt.“ Ich lobe diese Methode; allein sie hat auch ihre Kehrseite. Manche Gesetze werden gerade durch das Bemühen, sie auf Principien zurückzuführen, zweifelhaft, und manche Irrthümer beruhen auf Konsequenzen, die man aus gewissen Grundmaximen, welche dem Gesetzgeber vorschwebten, ableitet. Betrachten wir einmal den L. R. S. 908. Aus welchem Princip wollen wir ihn entwickeln und erläutern? — Die Grundmaxime, auf welche der L. R. S. 757 gebaut wurde, nach welcher man der Würde der Ehe und den Rücksichten, die man diesem legitimen Bande schuldig ist, den geeigneten Tribut bringen soll, paßt augenscheinlich nicht auf ihn. Hier handelt es sich um das Recht der Erbfolge natürlicher Kinder, dort um das Recht der Aeltern, über ihr Vermögen zu Gunsten ihrer natürlichen Kinder zu verfügen. Der eine Artikel stellt das sachgemäße, hinlänglich motivirte Verhältniß zwischen legitimen und illegitimen Abkömmlingen her, der andere beschränkt das freie Dispositionsrecht der Aeltern ihren natürlichen Kindern gegenüber, sofort die Fähigkeit der letztern, von denjenigen bedacht zu werden, welche, indem sie ihnen das Leben gaben, die heiligste Verpflichtung übernommen haben, für ihr Fortkommen zu sorgen, auf eine wahrhaft unnatürliche, der Sittlichkeit und dem Ansehen der Ehe auch nicht den entferntesten Gewinn bringende Weise. Zwar wird der Verfasser hier der Nothwendigkeit, das Princip aufzusuchen, entgehen, wenn er die Artikel in die Kategorie der an sich verständlichen setzt. Er wird aber den Mangel eines Principes auch bei an und für sich verständlichen Bestimmungen wahrnehmen, und finden, daß oft die verständlichsten Gesetze in ihrer Anwendung auf konkrete Fälle zweifelhaft und erklärungsbedürftig werden. In dieser Lage dürfte ihn seine Methode wohl manchmal in Verlegenheit setzen. In Beziehung auf die Benützung der Literatur bemerkt der Verfasser: „Mit Anführung der

Digitized by Google

Literatur war ich nicht besonders freigebig. Ich glaube, keine Rüge zu verdienen. Ein Werk, welches überall, wo es Noth thut, die Gründe und Zwecke des Gesetzes darlegt, sich über die Bedingungen und den Anfang der Anwendbarkeit desselben verbreitet, endlich bei streitigen Punkten das pro und contra angibt, darf billig von der Aufzählung vieler Literatur dispensirt werden. Der Kenner wird aber bald entdecken, daß ich bei der Literatur, die ich bei den Controversen dem Werke glaubte einverleiben zu müssen, diejenigen Schriftsteller und Urtheilssprüche angeführt habe, welche den fraglichen Punkt am umfassendsten behandeln und so die verschiedenen Ansichten gleichsam repräsentiren." Diese Ansicht scheint mir durchaus unrichtig. Der Jurist schöpft seine Wahrheiten aus verschiedenen Quellen. Er stützt sich entweder auf seine eigene Ueberzeugung, oder er unterwirft sich der Autorität — dem Ausspruche eines angesehenen Gerichtshofes oder der Meinung eines, einen anerkannten und ausgebreiteten Rufes genießenden Rechtsgelehrten. Oft halten sich die Gründe pro und contra so sehr die Wagschale, daß der Richter ein Uebergewicht nur in der Stimme eines Andern findet, dem er einen höhern Grad von Einsicht zutraut. Diesen Andern muß er jedoch kennen. Ich sehe darum nicht ein, mit welchem Rechte ihm der Verf. dessen Benennung vorenthält, und warum er in diesem Punkte eine Kontrole vermeidet, die er doch da, wo es sich um die Begründung seines eigenen Urtheils handelt, mit der größten Bereitwilligkeit einräumt? — Daß eine gewissenhafte, specielle Hinweisung auf die Stimme der Doctrin und Praxis dem Plane des Verfassers, das Selbststudium zu wecken, keinen Eintrag thue, bedarf wohl keiner nähern Ausführung.

Hinsichtlich der äußern Form und Darstellung dürfte auszustellen sein, daß der Text die gesetzlichen Quellen des Landrechts, der Zusätze, Einführungsedikte ꝛc. mit der geeigneten Unterscheidung in Lettern und Zahlen nicht von den Erläuterungen und Noten, die er hinzufügte, getrennt ist. Er hätte hiebei allerdings ein größeres Format wählen müssen, allein er würde dadurch die praktische Brauchbarkeit seines Handbuches unendlich erhöht haben. Eine Menge zusammenhängender Bestimmungen des Gesetzbuches sind durch die Einschaltung der Erörterungen so sehr aus einander gerissen; es finden sich ferner so viele unter und durch einander laufende Buchstaben, Zahlen und Schriften, daß man sich nur mit der größten Mühe durcharbeitet. Den innern Gehalt des Handbuches anbelangend, vermisse ich vor allem jene gediegene Kürze, welche nicht nur ein Vorzug, sondern ein Bedürfniß solcher, dem Praktiker gewidmeten Werke ist. Der Verfasser hält sich bei manchem Artikel länger auf, als der Zweck einer hinreichenden Erläuterung es erfordert. Die Lehre über den Besitz allein nimmt 4½ Druckbogen ein. Für den Geschäftsmann ist dies offenbar zu viel, für denjenigen hingegen, welcher sich diese Lehre zum Gegenstande seines besondern Studiums auserliest, welcher die Aufschlüsse, die ihm eine ausführliche Entwicklung und Erörterung angedeihen läßt, benützen will, und die Resultate seiner eigenen wissenschaftlichen Forschung zu befestigen oder zu berichtigen, vielleicht zu wenig.

Jedenfalls schadet eine zu große Ausdehnung des Handbuches seinem Absatze. Man fragt sich: wird der Verfasser, wenn ihm auch beträchtliche Vorarbeiten zu Gebote stehen, im Stande seyn, das Unternehmen, wie er solches anfing, zu vollenden? — Man berechnet die Kosten, welche nicht unbedeutend sind, wenn die Zahl der Lieferungen bis zum Schlusse des Handbuches verdoppelt werden sollte.

Der Verfasser versichert am Schlusse seiner Vorrede, daß Hofgerichtsrath Sander in Rastatt von dem Manuscripte des Verfassers Einsicht nehmen und dem letztern seine Ansichten darüber zum sachdienlichen Gebrauche mittheilen werde. Diese Theilnahme eines praktischen, durch schriftstellerische Arbeiten ausgezeichneten Juristen darf allerdings als eine erfreuliche, das Gedeihen des Unternehmens in hohem Grade fördernde bezeichnet werden. Derselbe dürfte sich gleichwohl durch seine Berufsgeschäfte häufig verhindert finden, seinem Versprechen den von dem Herausgeber gewünschten und erwarteten Nachdruck zu geben.

v. Kettenaker.

II.

Bekk, J. B.*) Ueber die dinglichen Rechte an Liegenschaften, und insbesondere über die Bewahrung derselben durch die Eintragungen in die Grund- und Pfandbücher. Nach dem französischen und badischen Rechte. Karlsruhe. Druck und Verlag der G. Braun'schen Hofbuchhandlung. 1831.

Die Lehre von den dinglichen Rechten und deren Bewahrung mittelst Eintragung bedarf, von dem Standpunkte unserer Gesetzgebung betrachtet, einer die Gefahren, womit sie den bürgerlichen Verkehr und den öffentlichen Kredit bedroht, beseitigenden, umsichtigen Revision. Diese Ueberzeugung veranlaßte den Verfasser zur Herausgabe einer Abhandlung, die er schon mehrere Jahre vor ihrem Erscheinen bearbeitet hatte. Er wollte auf die bei der Anwendung des Gesetzes sich herausstellenden Mängel und Zweifel, so

*) Vicekanzler bei dem großh. badischen Oberhofgerichte in Mannheim.

Digitized by Google

wie auf die Lücken und Widersprüche hinweisen, welche aus der Vermischung einheimischer Institute mit jenen des französischen Civilrechts hervorgegangen sind, um die Gesetzgebungskommission, deren Mitgliedern er seine Schrift widmet, hierdurch zu bestimmen, einem so hochwichtigen Gegenstande ihre volle Aufmerksamkeit zuzuwenden. Dabei mochte er sich wohl auch der Hoffnung hingeben, erhebliche Mißverständnisse, die er in der Praxis der Gerichte entdeckte, durch eine bessere Aufklärung dieser so zahlreiche Kontroverse darbietenden Materie zu heben.

Die Schrift zerfällt in zwei Theile. Der erste (vorbereitende Theil) handelt

A. von sächlichen und sachartigen (eigentlichen und uneigentlichen Sachenrechten — M. v. §. 1. und 12.) Rechten;

B. von den unbeweglichen Gütern.

Der zweite (Haupttheil) von der Eintragung in die Grund- und Pfandbücher.

Zu A. Der Verfasser sieht alle jene Rechte, welche in dem von dem Sachenrechte Handelnden zweiten Buche unseres Landrechtes aufgeführt sind, für sächliche Rechte an (§. 3.), und hebt sofort (§. 4.) als allgemeine gesetzliche Merkmale der Sachenrechte heraus, daß sie ihrer Natur nach

a) bleibend — (im Verhältniß zur Sache α. für immer, β. für lebenslang, oder γ. für die gesetzliche Dauer eines gewissen Standes begründet);

b) selbstständig — (eine Verfügungsgewalt auf die Sache selbst, auf Bestand oder Genuß, gegen alle Personen enthaltend);

c) für sich bestehend — (das Verhältniß darf nicht als Nebenverhältniß durch die Existenz eines andern Rechts bedingt seyn)

seien.

Die Richtigkeit dieses Begriffes — beziehungsweise der dafür aufgeführten Merkmale — soll sich durch Vergleichung der vom Gesetze genannten einzelnen Sachenrechte unter sich und mit andern Rechten ergeben. Er zählt nunmehr

α) die sächlichen Rechte in folgender Ordnung auf:

1. Eigenthum (liegenschaftliches), das ausgedehnteste Sachenrecht.

Als besondere Arten desselben das

2. Miteigenthum.
3. Familien-Eigenthum.
4. Grund- und-Nutz-Eigenthum.

Sodann die

Liegenschaftsrechte im Eigenthum — Jura in re aliena.

5. Nutznießung.
6. Nutzung.
7. Wohnung.
8. Grundgerechtigkeiten. (Grunddienstbarkeiten. L. R. S. §. 637. u. f.)
9. Erbdienstbarkeiten. (Zehnten, Gülten und Grundzinse.)
10. Grundpflichtigkeiten. (§. 5—9.) (Ihrer gesetzlich ausgesprochenen Ablösbarkeit ungeachtet.)

Hinsichtlich der Nutznießung bemerkte er: „Der vom L. R. S. 578 in unserer Uebersetzung (nicht aber auch im Grundtexte) gebrauchte Ausdruck: persönliches Recht, setzt die Nutznießung nicht dem dinglichen oder sächlichen Rechte entgegen, sonst wäre darüber nicht im 2., sondern im 3. Buche gehandelt."

β) Die sachartigen (uneigentlichen Sachenrechte) Rechte bestehen in den Unterpfands- und Vorzugsrechten. Sie unterscheiden sich von den sächlichen (eigentlichen Sachenrechten) Rechten wesentlich:

Zu a. „Das Verhältniß des Gläubigers zur Sache ist nicht bleibend."

Zu b. „Selbstständig ist es zwar in einer Beziehung, aber dennoch gibt es dem Gläubiger keine eigene Verfügungsgewalt auf die Sache."

Zu c. „Besteht der Hauptunterschied noch darin, daß das Verhältniß des Gläubigers zum Pfandgut nur ein Nebenverhältniß ist, bedingt durch die Existenz der Forderung." (§. 12.)

Da jedoch die Grund- und Pfandbücher nur für Rechte an unbeweglichen Gütern bestehen, so wendet er sich jetzt zur Erörterung der Frage: was gesetzlich als unbeweglich gelte?

Zu B. Die Sachen, fährt er fort, sind unbeweglich

1) ihrer Natur,
2) ihrer Bestimmung,
3) dem Gegenstande nach, worauf sie sich beziehen. (§. 14. und 15.)

Als Kennzeichen der letztern stellt der Verf., wie ich bemerkte, auf, daß sie als sächliche Rechte bleibend an eine Liegenschaft gebunden seien. Demnach scheint es ihm klar zu seyn, daß die Rechte des Eigenthums, Miteigenthums, Familieneigenthums, Nutzeigenthums und der Nutznießung an Liegenschaften (§. 1—5.), so wie die Grundgerechtigkeiten (§. 8.) zu den durch ihren Gegenstand unbeweglichen Sachen gehören, zweifelhaft hingegen, ob die Nutzung und Wohnung (§. 6. und 7.) ebenfalls dahin gehören. Man kann sie zu den beweglichen zählen, weil sie (ein Argument, dessen sich Brauer bedient) unübertragbar sind, also der Person anhängen, und L. R. S. 526

Digitized by Google

unter den unbeweglichen Rechten nicht aufgeführt sind. Der Verf. setzt sie in die letztern Kategorie. Seine Meinung stützt sich darauf, daß (in Beziehung auf den ersten Einwurf) das Recht in seiner objektiven Beziehung ganz das nämliche sei, ohne Rücksicht, ob es subjektiv, d. h. in Beziehung auf die berechtigte Person übertragbar oder unübertragbar ist, daß (bezüglich auf das zweite Argument) jene beiden Rechte eben so wenig unter den beweglichen Sachen L. R. S. 527—36 vorkommen, und daß die angegebenen Merkmale eigentlicher Sachenrechte auch hinsichtlich ihrer zusammentreffen. (§. 17.) Gleiche Bedenklichkeiten erheben sich seiner Ansicht nach bei den sub. 9 und 10 gedachten Rechten, da die Ablösbarkeit ihnen zum Theil die Natur eines bleibenden Verhältnisses zur Sache entziehe, und nach den Sätzen 529, 530 alle Gülten, wie alle Erbrenten als durchaus ablöslich unter die beweglichen Sachen gehören würden. Es erklärte indessen schon der Zus. 710 f. m. die Gülten für regelmäßig ablöslich, dem ungeachtet habe der Zusatz 526 a dieselben ohne Unterschied unter die unbeweglichen Güter aufgenommen. Aus diesem Grunde und weil alle Gülten, so wie die ablöslichen Grundpflichtigkeiten unter die sächlichen Rechte gestellt sind, glaubt der Verf., solche auch den übrigen sächlichen Rechten gleichstellen zu dürfen. (§. 19.)

Der zweite Theil handelt in zwei Abschnitten

I. Von der Eintragung in die Grundbücher.

II. Von der Eintragung in die Pfandbücher.

Zu I. Wir haben in dem ersten Theile die sächlichen und sachartigen Rechte kennen gelernt, desgleichen was als unbewegliches Gut anzusehen sei. Der zweite Theil befaßt sich mit den Grundsätzen der Transcription und Inscription und mit der Anwendung derselben.

Es werden folgende Sätze aufgestellt:

1. Die Eintragungen in die Grundbücher bezwecken bei uns nicht nur die Sicherheit des Eigenthums und anderer sächlichen Rechte, sondern auch jene der Pfandrechte. (§. 23. und 52.)
2. Bei uns muß jeder Erwerb, ohne Rücksicht auf den Titel und zwar von jedem unbeweglichen Gute, gleichviel, ob es nach seiner Natur oder durch den Gegenstand, auf den es sich bezieht, als unbeweglich gelte, zum Grundbuch eingetragen werden. (§. 24 und 25.)

Was die letztern, die oben erwähnten Liegenschaftsrechte betrifft, so wird bemerkt, daß dabei zweierlei Arten des Erwerbes vorkommen, indem ein Liegenschaftsrecht entweder erst konstituirt, d. h. vom Eigenthümer einem Andern an seinem Gute nur verwilligt, oder als schon bestehend von einem Berechtigten an einen Andern veräußert wird. Der Verf. behauptet nun, daß beide Erwerbungen in das Grundbuch eingetragen werden müssen, und sucht seine Ansicht auf folgende Weise zu begründen:

„1) Nach dem §. 25. des 2. Einführungs-Edikts soll der Erwerb eines jeden liegenden Eigenthums zum Grundbuch eingetragen werden. Der Ausdruck: „liegendes Eigenthum" ist nicht identisch mit dem Ausdrucke: „Eigenthumsrecht an Liegenschaften," er bezeichnet nicht die Art des Rechtsanspruchs in subjektiver Hinsicht, sondern nur den Gegenstand derselben, der ein liegendes Gut seyn soll, wie dies auch aus dem Zusatze 1583 a, wovon der §. 25. des 2. Einführungs-Edikts nur eine Wiederholung ist und eine Ausdehnung auf alle Erwerbsarten enthält, hervorgeht, da dort überhaupt dem Käufer einer Liegenschaft, also nicht nur demjenigen, der das Eigenthumsrecht an einer Liegenschaft erwirbt, sondern jedem, der was immer für ein liegendes Gut kauft, die Eintragung auferlegt ist. Da nun die in Frage stehenden Liegenschaftsrechte durch die Gesetze als unbeweglich erklärt und den natürlichen Liegenschaften gleichgestellt sind, also ebenfalls unter das liegende Eigenthum gehören, auch bei ihrer Veräußerung den Grund ihrer Unbeweglichkeit nicht verlieren und ihre Liegenschaft somit nicht verändern, so liegt überall kein Grund vor, jener Bestimmung des 2. Einführungs-Edikts und des Zusatzes 1583 a nur die eine Gattung liegenden Eigenthums, nämlich nur die ihrer Natur nach unbeweglichen Güter, und nicht auch die andere Gattung, nämlich die durch ihren Gegenstand unbeweglichen Sachen zu unterwerfen."

„2) Der L. R. S. 2181 entscheidet dies übrigens noch ausdrücklich und besonders, indem er für alle Verträge, wodurch das Eigenthum liegender Güter oder auf der Sache haftender Liegenschaftsrechte auf einen Andern übergeht, die Eintragung vorschreibt. Die auf der Sache haftenden Liegenschaftsrechte, die hier noch neben den liegenden Gütern im engern Sinne angeführt werden, können nun offenbar keine andern als diejenigen seyn, die durch ihren Gegenstand unbeweglich sind."

„3) Im gleichen Sinne fordert der Zusatz 2127 b, Abschnitt 1., zum Behufe einer Pfandverschreibung die Vorlage eines Auszuges aus dem Grundbuche, woraus erhelle, daß der Schuldner dort als Eigenthümer des zu ersetzenden Gutes erscheine, und daß bei dem Eintrage seines Titels keine, oder welche auflösende Bedingungen, oder sonstige Beschränkungen seiner Verfügungsgewalt eingeschrieben seien. Wenn diese Eigenthumsbeschränkungen, worunter dem allgemeinen Ausdrucke nach nicht nur solche, die beim Eigenthumserwerbe selbst bedungen wurden, sondern die auch später neuerlich besonders verab-

Digitized by Google

redeten, also allartigen Lasten des Besitzers oder Rechte Dritter an seinem Eigenthum verstanden werden müssen, durch den Grundbuchauszug ihre Beurkundung erhalten sollen, so muß das Gesetz voraussetzen, daß die Entstehung und Veränderung derselben, so wie der Erwerb des Eigenthums selbst, in das Grundbuch jeweils auch wirklich einzutragen sey, da sonst der Grundbuchauszug nichts davon enthalten könnte."

4) Ueberhaupt könnte der oben in den §§ 22 u. 23. bezeichnete, durch die unten beschriebenen vom Gesetz festgesetzten Wirkungen der Eintragung hinlänglich ausgedrückte Zweck der Publicität der sächlichen Rechte nicht erreicht werden, wenn die Bewilligung und Veräußerung der sogenannten Liegenschaftsrechte vom Eintrage frei wären. Die Kenntniß, wer der Eigenthümer einer Liegenschaft sey, würde den neuen Erwerber oder den Pfandgläubiger noch wenig sichern, wenn er sich nicht auch darüber Gewißheit verschaffen könnte: ob und wee andere sächliche Rechte an jener Liegenschaft besitze, durch die der Werth des Eigenthums oft sehr herabgedrückt, oder beinahe erschöpft seyn kann." „Hieraus ist klar ꝛc."

Diese Gründe scheinen mir jedoch nicht hinreichend, den Satz: daß alle Rechte, welche das Gesetz als dingliche bezeichnet, zu ihrer Geltendmachung gegen Dritte der Eintragung bedürfen — in der Allgemeinheit, wie ihn der Verf. aufgestellt hat, zu befestigen.

Es ist ein großer Unterschied zwischen a) dem Eigenthum einer Liegenschaft oder Eigenthumsrechten an derselben, und b) andern dinglichen Rechten — jene in re aliena — z. B. Dienstbarkeiten, die mir für meine Person, oder als Besitzer eines Grundstückes — einer Realität — gegen einen Andern, als Besitzer des belasteten (dienenden Gutes) zustehen. Daß der Ausdruck: „liegendes Eigenthum" im 2ten Einführungsedikt mit dem Ausdruck: „sächliche Rechte im weiteren Sinn, Liegenschaftsrechte, Rechte dritter Nichteigenthümer" keineswegs identisch sey, vielmehr einen Gegensatz zu den letzteren bilde, hat der Verf. selbst anerkannt. Die Gesetze, welche die Eintragung in das Grundbuch vorschreiben, beziehen sich überall auf spezielle Fälle — der Zusatz 939 a auf die Schenkung über Güter, der Zusatz 1002 a auf den Liegenschaftserwerb aus Vermächtnissen, der Satz 1069 auf die Festsetzung einer Aftererbschaft durch Vertrag oder letzten Willen, der Zusatz 1583 a auf den Kauf, Satz 1707 auf den Erwerb einer Liegenschaft durch Tauschverträge.

Sie haben sammt und sonders das liegende Eigenthum — die liegenden Güter im engern Sinn, oder jene Sachen im Auge, welche ihrer Natur nach unbeweglich sind (praedia — urbana et rustica), nicht aber jene, welche durch den Gegenstand, worauf sie sich beziehen, als unbeweglich gelten. Nur in Beziehung auf den Erwerbstitel („Jeder der ein liegendes Eigenthum aus irgend einem Rechtstitel erwirbt", heißt es im Edikt) enthält das 2te Einführungsedikt eine allgemeine Vorschrift. — Wie komme ich nun dazu, das Gesetz, welches nur von der einen Gattung dinglicher Rechte spricht, auf alle Gattungen, auf den gesammten Inbegriff der dinglichen Rechte auszudehnen? Wenn das Gesetz gewisse Sachen in seinem System zusammen- oder unter einen Hauptbegriff stellt, so folgt daraus noch nicht, daß es sie in jeder Beziehung gleichstellen will. Daß bei jura in re aliena das gleiche Verhältniß, dieselbe Gefahr für Dritte, dasselbe Bedürfniß des Schutzes vorliege, wie bei dem Erwerb des Eigenthumes einer Liegenschaft, wird sich schwer nachweisen lassen, wenigstens hinsichtlich der Dienstbarkeiten, welche, da sie öffentlich geübt werden, ein Dritter leicht kennen lernt.

Den L.R.S. 2181 sehe ich nicht für entscheidend an. Er spricht fürs erste die Nothwendigkeit der Eintragung nur bedingt für den Fall aus, wenn der Erwerber die Güter von den bereits darauf haftenden Vorzugs- und Unterpfandsrechten auf die §. 2183 bestimmte Weise entledigen will. Fürs zweite ist in dem fraglichen Kapitel wieder nur von dem Kauf, der Erbschaft und der Schenkung, sodann von dem Uebergang, nicht von der Constituirung eines Rechtes die Rede. Fürs dritte können hier unter dem Ausdrucke: Liegenschaftsrechte — keine andern, als die zu der ersten Gattung der dinglichen Rechte gehörenden gemeint seyn, da es sich um die Befreiung eines Gutes von den darauf haftenden Lasten handelt. Der Dienstbarkeitsberechtigte hat keine Vorzugs- und Unterpfandsrechte zu beseitigen, denn diese letztern haften ja nicht auf seinem Rechte, sondern neben seiner Last auf dem dienenden Gute, dem Eigenthum des Andern*). Somit wäre hier für den Grundsatz der Eintragungsnothwendigkeit in dem Umfang, den ihm der Verf. giebt, nichts gewonnen.

Eben so dürfte auf den Zusatz 2127 a jenes Gewicht nicht zu legen seyn, welches ihm der Verf. beimißt. Ich kann das Eigenthum durch Vorbehalt, oder auf andere Weise durch Bedingungen beschränken. Daß unter dem Ausdruck: „sonstige Beschränkungen" alle Lasten zu verstehen seyn, wird man um so weniger annehmen dürfen, da das Gesetz nur auf die eingeschriebenen hinweist, die Frage dagegen: was einzuschreiben sey?" unerörtert läßt.

Das Ortsgericht muß übrigens in Fällen, wo es sich um den Erwerb einer Liegenschaft (also eines unbeweglichen Gutes im engern Sinne), sey es aus was immer für einem Rechtstitel, handelt, nicht nur sämmtliche Stipulationen und Bedingungen, unter welchen die Sache von einem Inhaber auf den andern eigenthümlich übergeht, sondern auch die nicht eingeschriebenen Lasten (Rechte Dritter) welche auf der Sache haften, wenn sie ihm bekannt sind, bei Vermeidung seiner Verantwortlichkeit für den dem Erwerber oder einem Dritten daraus hervorgehenden Schaden angeben. Hieraus folgt wohl, daß ein Gesetz, welches die Eintragung derselben mit dem Rechtsnachtheil, daß sie im Falle der unterlassenen Einteagung als gar nicht existirend anzusehen seyen, vorschreibt, dem Ortsgerichte vorzugsweise erwünscht seyn müßte; allein es folgt nicht, daß ein solches Gesetz wirklich bestehe. Daß mit einem Gesetz dieser Art der Publicität besser gedient

*) *Duranton* — Cours de droit francais — T. 11. Edit. 13. p. 209. n. (4.) äußert sich über die Frage: was unter autres droits réels (übersetzt in unserem Landrecht mit: Liegenschaftsrechte) zu verstehen sey? dahin; „C'est à dire les droits d'usufruit, car pour les servitudes, elles ne sont pas susceptibles de purge, puisqu'elles ne sont pas par elles-mêmes susceptibles d'hypotiques."

Digitized by Google

seyn möge, als mit dem nach meiner Ansicht bestehenden Gesetze, will ich gerne zugeben. Es wird jedoch dann auch noch zu untersuchen seyn: ob dadurch der Verkehr nicht zu sehr erschwert, und die Rechtssicherheit nicht von einer andern Seite her bedroht würde? Ich kehre zu dem Verfasser zurück. Ein Gesetz, welches die Nichteintragung der Jura in re aliena für einen Erlöschungegrund in allen Fällen erklärt, wo das Eigenthum des Grundstückes, auf dem sie haften, mittelst Veräußerung an Dritte übergeht, bereichert einen Eigenthümer, nämlich den Herrn des belasteten Gutes, auf Kosten des Andern — des Inhabers der Berechtigung. Jener macht sich das Lastenkapital, welches der Letztere verliert, zu eigen, und diesem bleibt das Nachsehen. Der neue Eigenthümer und der alte setzen ihm das: vigilantibus — entgegen. Die Folgen eines Versehens, unter welchem man leidet, insofern das Gesetz sich darauf beschränkt, das Gesetz, den Schaden von einem dritten Unschuldigen abzuwenden, kann man noch verschmerzen, nicht so leicht hingegen wird man sich demjenigen gegenüber trösten lassen, der aus dem Versehen Anderer Nutzen ziehen will. Es kann aber der Berechtigte auch ohne irgend ein Versehen von seiner Seite gefährdet werden, wenn der Eigenthümer des belasteten Gutes sich der Eintragung widersetzt, und während dem Laufe des Prozesses das belastete Gut veräußert. Die Frage: ob jene Vorschrift auf alle Gattungen dinglicher Rechte auszudehnen sey? scheint mir daher, insoweit es sich de lege ferenda handelt, allerdings noch einer reiflicheren Erwägung werth und bedürftig zu seyn. Daß es dem französischen Gesetzgeber keineswegs darum zu thun war, seine Principien mit strenger Consequenz durchzuführen, wird der Verf. aus den Art. 2129 u. 2130 (in Verbindung mit Art. 1599) entnehmen. Nachdem derselbe den Grundsatz: qu'on ne pouvait vendre ce qu'on n'avait pas — die ihm gebührende Huldigung dargebracht, sofort — par une consequence — die Regel aufgestellt hat: on ne peut hypotequer que ce qu'on a — streicht er jene Grundmaxime wieder durch, und gestattet die Verpfändung künftiger Liegenschaften „wenn die gegenwärtigen nicht zur Sicherstellung hinreichen" — also: so oft sie dem Schuldner nothwendig und erwünscht ist.

So verfährt die französische Gesetzgebung mit dem Princip der Publizität und Spezialität, welches sie an die Spitze ihres Hypothekensystems stellt.

Ich glaube nicht, daß sie bei der Publizität sächlicher Rechte gewissenhafter zu Werke gehen wollte, und kann darum der Ansicht des Verfassers, insoweit derselbe die Transcription auf alle Liegenschaftsrechte ausdehnt, nicht beistimmen. Man vergleiche hiemit eine Abhandlung in den Blättern für Just. u. Administration Jahrg. I. H. 4. S. 274—294.

Die Begründung des zweiten Satzes führt ihn zu dem weitern Resultate:

3) Demnach soll auch der Erwerb von Grunddienstbarkeiten, insbesondere der Erwerb der Dienstbarkeiten durch Verjährung eingetragen werden. (S. 84 u. 85.)

Wie man dem Grundbuchführer die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, von welcher er zumal, wenn sie auf dem Titel der Verjährung beruht, keinen, oder wenigstens einen sehr unklaren Begriff hat, und den er jedenfalls nicht prüfen und beurtheilen kann, zumuthen mag, begreife ich um so weniger, da ihm das Gesetz die Eintragung nur auf geeignete Vorlage zur Pflicht macht. Derjenige, dessen Erwerbungsart sich auf die Verjährung stützt, aber in Ermanglung eines sich darüber aussprechenden Urtheils nichts inne hat, was er zum Behufe der Eintragung vorlegen könnte. In der Praxis hat diese Ausdehnung des §. 25 des Einführungsedikts bereits kräftigen Widerstand gefunden. Man vergl. die Jahrb. des O.H.G. Neue Folge. 6. Jahrg. 1. Doppelheft S. 1—9.

4) Das erworbene Recht kann vor der Transcription nur als persönliches Recht, nicht aber als sächliches Recht gegen Dritte geltend gemacht werden.

Der §. 31. enthält hiernach eine interessante Erörterung der Frage: wer als Dritter anzusehen sey? — worauf der Verf. das, was er im Allgemeinen über die Wirkung der Eintragung vorbrachte, auf einzelne Erwerbungen und Rechtsconflicte nach der Reihenordnung, in welcher er die Sachenrechte aufgeführt hat, anwendet. (§. 32—46.)

Ich umgehe die Controversen, welche hier zur Sprache kommen, da eine gedrängte Darstellung eines Theils mich zu weit führen würde, andern Theils in der Kürze und Gediegenheit des Gesagten ihre Schranken findet.

Der erste Abschnitt verbreitet sich übrigens noch über drei weitere Rubriken:

a) über die rückwirkende Kraft der Eintragungsvorschrift. (§. 47—49.) Der Verf. bemerkt am Schlusse: „Aus allem dem geht hervor, daß die schon vor der Einführung des neuen Landrechts erworbenen Sachenrechte, wo nicht schon die alten Gesetze die Eintragung oder Gewährung forderten, auch jetzt noch uneingetragen gegen Dritte volle Kraft haben und daß der Inhaber alsdann, wenn er dieselben durch die in den Sätzen 2181—2192 vorgeschriebenen Mittel von den darauf haftenden Pfandlasten befreien will, nachträglich transcibiren zu lassen habe."

b) Ueber die Form der Eintragung. (§. 50.)

c) Ueber die Gewährung der Ortsgerichte. (§. 51.)

Bei der dritten wird die Frage: ob bei der ortsgerichtlichen Gewährung auch im Pfandbuche die auf das veräußerte Gut eingetragenen Unterpfands- und Vorzugsrechte untersucht und angegeben werden müssen? — wie es mir scheint, mit vollem Rechte unbedingt verneint.

Zu II. Diese Abschnitt ist, wie der erste, in 6 Unterabschnitte abgetheilt. Er ist nicht minder reichhaltig an Stoff zu juridischen Betrachtungen und lehrreichen Aufschlüssen. Der Verf. beantwortet eine ansehnliche Reihe hierher einschlagender, praktisch wichtiger, und zum Theil sehr bestrittener Rechtsfragen, als:

S. 104. „Bedarf es zur Verpfändung der Zugehörden einer besondern Bestimmung des Pfandvertrages, oder sind dieselben schon in dem auf die Hauptsache gegebenen Unterpfandsrechte als stillschweigend mitbegriffen zu erachten?"

S. 116. „Bleiben die Unterpfandsrechte des Landrechts-Satzes 2135 auch nach aufgelöster Ehe, beziehungsweise nach beendigter Minderjährigkeit oder Mundlosigkeit, und zu

Digitized by Google

Gunsten der Erben der Ehefrauen und Pfleglinge ungetragen wirksam?"

S. 143. „Ist auch der Eintrag von Vorzugsrechten, sofern er inner jenen 10 Tagen (welche dem Ausbruch des Zahlungsunvermögens unmittelbar vorausgehen) geschieht, kraftlos?"

S. 147. „Ob die inner 10 Tagen vor der Gant geschehenen Eintragungen nur in Handelsganten ungültig seyen, oder ob sich diese Vorschrift auch auf gemeine Ganten erstrecke?"

Ferner:

„Ob derjenige, dem ein eingetauschtes Gut entwährt wurde, für die nach Satz 1705 ihm zukommende Entschädigungsforderung ein Vorzugsrecht auf das ausgetauschte Gut anzusprechen habe?" (S. 136—138)

„Welche Wirkung hat es, wenn ein Pfandvertrag Einzelnes von dem, was die Sätze 2148 u. 2153 vorschreiben, nicht enthalten ist?" (§. 63—73)

Ueber das Verhältniß der Vorzugs- und Unterpfandsrechte zu dem dritten Besitzer des verhafteten Gutes (§. 77—82) und zu demjenigen, welcher nicht das Eigenthum, sondern andere sächliche Rechte daran erwirbt. (§. 83.)

Ueberall sind hiebei eben so, wie im ersten Abschnitt, die Verschiedenheiten des badischen und des französischen Rechtes hervorgehoben und erläutert.

Wenn ich in der Darstellung des Inhaltes dieser Schrift und in der Beurtheilung derselben zu umständlich geworden seyn sollte, so möge dieß dem Scharfsinn und der Gründlichkeit, welche der Verf. bei der Erörterung einer der schwierigsten Materien unseres Civilrechtes entfaltet hat, und dem Interesse zugeschrieben werden, welches mir seine ihr Thema in jeder Beziehung erschöpfende Abhandlung einflößte. Ich glaube, damit zugleich denjenigen einen Dienst geleistet zu haben, welche die Beigabe eines umfassenden Sachregisters vermissen.

v. Kettenaker.

II.

Ein merkwürdiges Urtheil aus dem vorigen Jahrhundert.

Die Annalen sind zwar zunächst nur für Bekanntmachung und Besprechung der gerichtlichen Entscheidungen der Gegenwart bestimmt. Bei dem Abgange eines andern geeigneten öffentlichen Blattes aber dürfte die Mittheilung merkwürdiger Urtheile der Vorzeit, wenn auch nur zur Vergleichung des Damals und Jetzt, gerechtfertigt seyn. Das nachfolgende Urtheil ist zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Justizpflege des ehemaligen ritterschaftlichen Adels und in dieser Beziehung nicht ohne besonderes Interesse. Einsender fand dasselbe vor einigen Jahren bei Durchgehung älterer Criminalacten des Großherzoglichen Oberamts Lahr (in dessen Registratur solches noch im Original vorhanden seyn dürfte) und fertigte sich davon eine buchstäblich getreue Abschrift. Das Thatsächliche der Untersuchung, auf welches dasselbe ergieng, war folgendes:

Ein gewisser Michael Hurter von . . . , ehemaligen Oberamts Hochberg, wurde in dem Orte N. über einem Tuch- und Geschirrdiebstahl ergriffen und von dem dortigen grundherrlichen Beamten inquirirt. Derselbe konnte die Entwendung nicht läugnen und wurde auch eines in dem nahe gelegenen grundherrlichen Orte W. verübten Diebstahls überführt. Die Untersuchung selbst war daher von keiner Bedeutung. Aus einem Schreiben seiner Heimathsbehörde ergab es sich, daß Inquisit schon früher wegen Diebstahl im Elsaß auf zehn Jahre zur Galeerenstrafe und wegen gleichem Verbrechen im Badischen zu einer sechsmonatlichen Zuchthausstrafe verurtheilt war. Der jetzt zu bestrafende Diebstahl war also jedenfalls der dritte. Das Oberamt Hochberg bat um die Auslieferung des Inquisiten gegen Kostenersatz und mit der Zusicherung ihn wegen dieses neuen Verbrechens zur Strafe ziehen zu wollen — Allein die Gerichtsbehörde von N. ließ sich darauf nicht ein, sondern legte die Acten dem Grundherrn zum Erkenntnisse vor, und dieser schöpfte folgendes

Urtheil.

Als wurde von Herrschafts wegen erkannt:

daß Ihme Michael Hurder wegen den dahier und in Wittenweier neuerdingen begangenen, eingestandenen und überwiesenen Diebstählen zur wohlverdienten Straf, aus Gnade und in Rükksicht seines zweiundsechzigjährigen Alters auch bresthaft und schwachen Leibes-Constitution, die Haare von dem Kopf abgeschoren, beide Augbraunen hinweggeschnitten, das eine blau, das andere aber roth, so wie auch der eine Baken im Gesicht grün und der andere gelb mit Oehlfarb bestrichen und also morgenden Tags in die sogenannte Geige durch den Botten eingeschirrt, der versammleten Gemeind nachmittag eine halbe Stundt lang mit einem Stuk alten Tuch in der einen und ein Säffel in der ander Hand, auch ein Zedel an dem Kopf mit der Aufschrift Tuch und Geschier Diebe bei dem Wachthaus zur Schau ausgestellt, nach verflossener Zeit durch den Botten und zwey Wächtere in denen Haubtdorfsgassen herum- und sofort auf die Bannscheidt des Dorfs geführt werden solle, mit der weitern Bedeutung daß Er sich bei Vermeidung der Galeeren oder sonstiger ewiger Gefängniß nicht mehr unterstehen solle, den hiesigen Bann wieder zu betreten. Befehlen demnach unserm Staatsvorgesezten in seiner Gegenwarth mit Zuziehung zweer Gerichtspersohnen durch den Gerichtschreiber dem Delinquenten gegenwärtiges abgefaßtes Urthel verlesen und verkünden und sofort an Demselben vollbringen zu lassen

C. S Freiherr von A— zu E—.

Daß obstehende Urthel dem ingedachten Delinquenten Michael Hurder enthaltenermaaßen unterm gestrigen Tag verlesen und anbeute an demselben vollzogen worden bescheinen nachstehende Unterschriften. Nonnenweyer den 16ten April 1780.

Jacob Schlager Schultheiß. (1780)
Jacob Frenk des Gerichts.
Hanns Jrion Bott. Jacob Schlager des Gerichts.
Bannmeier der Gemeind Gerichtschreiber.

Bemerkungen hierüber zu machen, da sie sich ohnehin jedem Leser von selbst aufdringen werden — halte ich für überflüssig.

E. Jäger.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 30. Januar 1841.

I.

I. Kann eine rechtskräftig für zugestanden erklärte Darlehns-Rückforderung, deren Zahlung dem Schuldner bereits bei Executions-Vermeidung aufgegeben ist, als rechtsstreitig betrachtet und wiederholt eingeklagt werden?

II. Wird der Darlehns-Vertrag durch Aufkündigung oder durch Zahlung aufgelöst?

III. Muß der Anleiher die bedungene Zinse nur auf die bedungene Vertragszeit, oder bis zur wirklichen Rückzahlung des Capitals entrichten?

Der Kläger erlangte auf einen durch Zahlungsbefehl eingeklagten Kapitalzins pro 18³⁄₀₀ ad 80 fl. eine Vollstreckungs-Verfügung auf Fahrnisse, in Folge welcher der Ortsvorstand als Vollstreckungsbeamter, weil keine zureichende Fahrnisse vorhanden waren, gegen Fug und Recht Liegenschaften der Versteigerung aussetzte, welche dem Kläger für seine Kapitalforderung zwar verpfändet waren, aber bereits in andern Händen sich befanden. Auf die Einsprache dieses 3ten Besitzers wurde ein Einhaltsbefehl gegen die Liegenschaftsversteigerung erlassen und dieser — nachdem die Fortsetzung der Vollstreckung auch auf Kapital ad 1600 fl. und Zins vom Kläger begehrt worden — in 2ter Instanz bestätigt; namentlich aus dem Grunde, weil das Kapital selbst noch nicht eingeklagt gewesen sey. Auf dieses erhob der Gläubiger unterm 30sten April 1838 eine Klage auf Bezahlung des Kapitals sammt rückständigem Zins seit 27. Sept. 1834 und noch weiter laufenden Kapitalzinsen, so wie der Verzugszinsen der bereits eingeklagten Capitalzinsen, gegen den Schuldner, statt daß er um Vollstreckung durch Versteigerung von Liegenschaften des Schuldners nachgesucht, oder in Ermanglung solcher gegen den 3ten Besitzer der Pfandstücke Klage erhoben hätte. Zugleich beschwerte er sich aber unter Vorlage eines Liquiderkenntnisses und unbedingten Zahlungsbefehls vom November 1836, welcher auf's Kapital ad 1600 fl. und 133 fl. Zins lautete und von dessen Vorhandenseyn aus den amtlichen Acten vorher nichts zu ersehen war — darüber, daß er dieses vom Unterrichter und Hofgericht ignorirten Befehls ungeachtet, nun noch zu klagen genöthigt sey.

Der Unterrichter — von der Ansicht ausgehend, daß eine von ihm bereits für zugestanden erklärte Forderung, wegen der er schon Zahlungsverfügung unter Executionsandrohung erlassen hatte, nicht nochmals eingeklagt werden dürfe, und weil auch weitere Kapitalzinse, nämlich von den Jahren 1836 und 1837 eingeklagt würden, die er für unbegründet hielt — wieß die Klage in der im §. 358 der P.O. vorgeschriebenen Form ab, weil die P.O. keine Form kennt, die dahin lautet: es bedarf keiner weiteren Klage.

Die Verfügung wurde in 2ter Instanz aus folgenden Gründen aufgehoben.

Auf die Klage, welche gegen den Beklagten unter Berufung auf eine von diesem ausgestellte Pfandurkunde vom 26. September 1822 auf Zurückzahlung einer längst aufgekündeten Darlehensforderung von 1600 fl. nebst rückständigen Zinsen seit dem 27. September 1834, sodann auf Zahlung von Zinsen aus früher schon eingeklagten Zinsbeträgen gerichtet ist, hat der Unterrichter mit Unrecht die Ladung in der Form des §. 358 der P.O. versagt. Hiezu berechtigt ihn

1) nicht die vom Kläger gemachte Production eines frühern gegen den Beklagten unter Anwendung des §. 723 der P.O. ergangenen unbedingten Zahlungsbefehls vom Jahr 1836 rücksichtlich des Kapitals und der damals verfallenen Zinsen — und eine darauf gestützte richterliche Annahme, es bedürfe sonach jetzt keiner Klage mehr. Denn:

a) es ist die vom Unterrichter gebrauchte Formel der Klagabweisung nach dem klaren Wortlaut des §. 358 der P.O. gar nicht für Fälle anwendbar, wo das Klagbegehren selbst als im Rechten begründet vom Richter angesehen wird, wie im vorliegenden Falle vom Unterrichter geschah, und außerdem kann

b) die bloße Vorlage eines frühern nach §. 723 der P.O. also als ein Versäumnißerkenntniß ergangenen amtlichen

Digitized by Google

unbedingten Zahlungsbefehls, über dessen Erwirkung und spätere Verfolgung gar keine amtlichen Akten mehr vorliegen, in Bezug auf welche also gar nicht ersehen werden kann, ob er je in Rechtskraft übergetreten ist, ob der Beklagte nicht etwa Restitutionen dagegen nachgesucht hat und dessen Vollzug nach des Klägers eigener Angabe bisher von ihm nicht bewirkt werden konnte — in keiner Weise für sich allein schon die unterrichterliche Annahme rechtfertigen, als bedürfe es nun gar keiner weiteren Klage mehr.

Aber auch abgesehen hiervon, ist

c) die jetzt eingeklagte Forderung, namentlich in Bezug auf die inzwischen aufgelaufenen Zinse, und in Bezug auf die von den früher eingeklagten Zinsbeträgen geforderten Zinsen eine höhere, also eine andere, als die im Zahlungsbefehl vom Jahr 1836 aufgeführte, es ist also auf keinen Fall durch diesen Zahlungsbefehl über fragliche Zinsforderungen schon entschieden. — Es sucht nun aber auch

2) der Unterrichter in einer nachträglichen Vervollständigung seiner Entscheidungsgründe die Klagabweisung nach §. 358 der P.O. rücksichtlich der im Zahlungsbefehl von 1836 noch nicht aufgeführten Zinsen aus dem Darlehens-Capital damit zu rechtfertigen, daß der Kläger bedungene Zinsen bis zum Tage der Zahlung fordern, er aber aus der Ursache keine bedungenen, sondern (was er nicht gethan habe) nur gesetzliche Verzugszinsen fordern könne, weil der Darlehns-Vertrag durch die frühere Aufkündigung des Kapitals, in Folge welcher der oft erwähnte Zahlungsbefehl von 1836 erwirkt worden sey, gar nicht mehr existirt, und somit auch keine Darlehnszinsen mehr gefordert werden können. Diese Ansicht des Unterrichters ist aber ebenfalls unrichtig, weil

a) in der abgewiesenen Klage vom 30. April l. J. der Kläger ohne nähere Bezeichnung der Natur der Zinsen diese verlangt, wie sie ihm, wenn die vom Kläger angegebenen Thatsachen wahr sind, nach der eigenen Ansicht des Unterrichters zukommen müssten, und es also gleichgiltig ist, ob der Klägee seiner durch die vorgetragenen Thatsachen selbst begründeten Klage gar keinen oder einen falschen Namen gibt, und weil zudem

b) das zwischen den Partheien bestehende Daelehnsvertragsverhältniß durchaus nicht schon durch die bloße Aufkündigung des Geld-Darlehens aufgelöst, und damit der Anklage von der Verbindlichkeit die bedungenen Zinsen zu zahlen befreit worden ist. Diese Verbindlichkeit erlöscht, wie dieß schon in der Natur des verzinslichen Daelehens liegt, das ein Bestand für gestatteten Geldgenuß ist (cf. Brauer ad L.R.S. 1905), erst durch die wirkliche Abzahlung des Kapitals (cf. L.R.S. 1234) — erst, wenn der Beständer die Bestandsache nicht mehr genießt, — und der vom Unterrichter zur Unterstützung der Ansicht allegirte L.R.S. 1904 paßt schon deshalb gar nicht hieher, weil er sich nicht auf die verzinsliche Darlehen bezieht (cf. Brauer zu L.R.S. 1904).

Wenn nun endlich

3) der Unterrichter die Forderung von Zinsen aus früher eingeklagten rückständigen Zinsposten nach L.R.S. 1154 für in Rechten nicht begründet hält, weil die einzelnen früher eingeklagten Zinsposten den Betrag eines Jahreszinses nicht übersteigen, so ist seine Ansicht dadurch widerlegt, daß Kläger jedenfalls im Jahr 1836 schon 133 fl. Zinsen, besagt des vielerwähnten Zahlungsbefehls vom 3. Nov. 1836, also immerhin einen höhern Zinsrückstand als einen einjährigen eingeklagt hatte und daß sonach nicht aus der Klage erhellet, sondern sich erst durch die erfolgende Verhandlung zeigen wird, ob und welche etwaige Zins-Zahlungen inzwischen erfolgt sind und ob und in wie weit also Kläger zu viel oder zu wenig Zinseszins verlangt.

Diesen Gründen dürfte jedoch folgendes entgegenstehen:

ad 1. a. Daß der Unterrichter das Klagbegehren als in Rechten begründet angesehen hat, ist, — was die vom Juli 1836 weiter laufenden Capitalzinsen und die Zinseszinse betrifft, durch seine Verfügung auf die Klage vom 30. April und durch die nachträglichen Gründe vom 15. Mai widerlegt, was sich auch aus dem Folgenden ergeben wird; und eben so wenig sah der Unterrichter das Klagbegehren hinsichtlich des Kapitals ad 1600 fl. sammt Zinsen vom 27. Sept. 1834 bis 22. Juli 1836 (Datum des dem Liquiderkenntniß vorausgehenden Zahlungsbefehls) als in Rechten begründet an. Das Bestehen der Schuld von 1600 fl. Kapital sammt 133 fl. Zins wurde von ihm dabei nicht bezweifelt, zumal er das Vorhandenseyn derselben schon im Jahr 1836 ausgesprochen und dem Beklagten die Zahlung auferlegt hatte. Er spricht auch zunächst wedrr die Verfügung nach §. 358 der P.O. noch die nach §. 357. 359 und 360 über das Recht selbst ab, sondern versagt nur die Ladung, was hier um so mehr geschehen mußte, weil nach dem Prozeßrecht nur streitige und unentschiedene Rechtsverhältnisse Gegenstand prozessualischee Verhandlungen werden können, nicht aber bereits entschiedene und daher eine Klage, welche derlei Rechtsverhältnisse zum Gegenstand hat, ebenso in Rechten nicht begründet eescheint, als z. B. landrechtlich die Klage auf Zahlung einer Wette. Daß aber die Nichterfüllung einer richterlich ausgesprochenen Verbindlichkeit diese noch keineswegs zur streitigen macht, sondern nur die Thätigkeit des Richters nach Maaßgabe des Vollstreckungsverfahrens erfordert, wird keiner weitern Auseinandersetzung bedürfen. Wenn daher ein Kläger auftritt und in seiner Klage gleich vornen herein selbst behauptet: die Sache ist zwar schon

Digitized by Google

entschieden und der Beklagte ist bei Executions-Vermeidung zur Zahlung angehalten, allein es beliebt mir, wieder von vornen anzufangen — soll hier der Richter — gleichsam maschinenmäßig abermal auf Ladung erkennen, weil die Forderung in Rechten gegründet ist? —

Will man aber auch dem Inhalt des §. 358 der P.O. seine Anwendbarkeit im vorliegenden Fall versagen, so berechtigt dieses doch noch nicht, die vorhandenen übrigen Umstände ganz unberücksichtigt zu lassen. Das Großherzogl. Hofgericht scheint auf das Vorhandenseyn eines sogenannten Liquiderkenntnisses und auf den amtlichen Befehl zur Zahlung bei Executions-Vermeidung — keinen Werth zu legen. Allein mit Unrecht, denn täglich werden auf solche Befehle nach Ablauf der Restitutionsfrist Vollstreckungs-Verfügungen erlassen und sie gelten den Urtheilen gleich (§. 956 der P.O.). — Ueberdies legt die P.O. dem Zahlungsbefehl im §. 725 Wirkungen bei, sie bestimmt also gesetzlich das Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner in den dort bezeichneten Punkten und der Beklagte hat daher ein Recht darauf, daß jene Bestimmungen auf ihn angewendet werden; wenn daher z. B. der erste Zahlungsbefehl von ihm widersprochen wird und es wird vom Kläger innerhalb der nächsten 3 Monate nochmals ein bedingter Zahlungsbefehl erwirkt, so kann gegen den Beklagten, auch wenn er diesen letztern innerhalb Frist nicht widerspricht, kein Liquiderkenntniß erlassen werden, da der erste Widerspruch fortwirkt, ohne daß der Beklagte den Launen oder Ansichten seines Gegners blosgestellt ist, der sich so wenig als der Richter über die prozessualischen Bestimmungen des §. 723 und 725 der P.O. hinaussetzen kann. Auch der Beklagte, wenn gleich Schuldner, soll nicht unnöthiger Weise gerichtlich verfolgt werden, daher auch die Rechtskraft eines Versäumungs-Erkenntnisses eben so gut für ihn, als den Kläger oder Gläubiger eintritt und ihre Wirkungen hat. Sobald der Unterrichter entschieden hatte, daß die Schuld von 1600 fl. Kapital sammt 133 fl. Zinse als anerkannt gelte und die Wiederherstellungsfrist — was aus der dem Liquiderkenntniß beigesetzten Beurkundung zu ersehen und actenmäßig ist — wie im vorliegenden Fall abgelaufen war — so ist eine gesetzliche Vermuthung für diese Thatsache L.R.S. 1350, und die Folge davon ist, daß weder der Kläger, noch der Richter diese Thatsache ignoriren darf, da das Verfahren des Richters ohnehin in einem „procedere" nicht in einem Rückwärtsschreiten besteht.

Das Großherzogl. Hofgericht ist zwar

ad 1. b. der Ansicht, daß der unbedingte Zahlungsbefehl deshalb nicht zu berücksichtigen sey, weil weder über dessen Erwirkung und spätere Verfolgung amtliche Acten vorliegen und man also gar nicht ersehen könne, ob derselbe in Rechtskraft übergetreten ist und ob der Beklagte nicht etwa Restitution dagegen nachgesucht hat. Allein diese Ansicht dürfte schwerlich gerechtfertigt werden können; denn wenn z. B. ein Urtheil zur Vollstreckung vorgelegt wird, so hat sich der Richter um den Inhalt der Verhandlungen nicht weiter zu bekümmern, sondern blos um den Inhalt des Urtheils selbst, und da die Rechtskraft der Voversäumungs-Erkenntnisse nach §. 389 der P.O. mit dem Ablauf der Wiederherstellungsfrist eintritt, so dürfte die von Großh. Hofgericht desfalls erhobene Bedenklichkeit unbegründet seyn.

Der Richter hat darauf zu sehen, welche Thatsachen vom Kläger vorgebracht worden sind, und nicht darauf, welche vom Beklagten möglicherweise vorgebracht werden können — quod non in actis, non in mundo sagt ein altes Sprichwort; und wenn das Großh. Hofgericht des Inhalts jener richterlichen Ausfertigung und des Inhalts des §. 389 der P.O. ungeachtet über die Rechtskraft des Befehls im Zweifel gewesen ist, so hätte es eher eine dem Inhalt des §. 945 der P.O. angemessene Verfügung erlassen können, nicht aber geradezu das Nichtvorhandenseyn der Rechtskraft annehmen sollen, zumal der Kläger von vorn herein behauptete, daß er einen vollstreckbaren Befehl für sich habe; wobei der Umstand, daß der Kläger bisher die Vollstreckung auf ungeeignete Weise in Vollzug gesetzt haben wollte, und deshalb nichts durchsetzen konnte, nichts ändert.

Hätte denn wirklich ein Gesuch um Vollstreckungs-Verfügung, das durch Vorlage des besagten Befehls begründet wird, aus den Gründen zweiter Instanz abgeschlagen werden müssen? —

ad 1. c. Dieser Grund zur Abänderung der amtlichen Verfügung findet weiter unten seine Erwiederung, die einstweilen dahin angedeutet wird, daß von einem aufgekündeten und verfallenen Kapital keine bedungenen Zinse von der Verfallzeit an weiter gefoedert werden können und daß jetzt Verzugszinse vom 22. Juli 1836 an nicht eingeklagt worden sind und auch wirksam nicht eingeklagt werden konnten. L.R.S. 1153. Abs. 3. und L.R.S. 1904.

ad 2. a. Hier scheint zuvörderst darin ein Irrthum in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen eingeschlichen zu seyn, daß dem Kläger nach der Ansicht des Unterrichters Zinse zukommen müssen. Nach der Ansicht des Unterrichters kommen dem Kläger vielmehr keine Zinse zu, als die eingeklagten bis zur Lösung des Zahlungsbefehls vom 22. Juli 1836 verfallenen 133 fl., denn mehr wurden durch den Zahlungsbefehl keine eingeklagt und auch keine zuerkannt. Am 22. Juli 1836, beziehungsweise nach Ablauf der Zahlungsfrist hatte der Beklagte 1733 fl. (1600 fl. u. 133 fl.) zu zahlen und zwar unverzinslich, da auch von andern urtheilsmäßigen Summen keine Zinse bezahlt wer-

Digitized by Google

den, wenn diese nicht im Urtheil zu zahlen auferlegt worden sind. Bleibt aber der Beklagte mit dieser Zahlung im Rückstand, so steht dem Gläubiger — wenn er nicht exequiren lassen will, frei, den Beklagten auch zur Zahlung von Verzugszinsen zu belangen, allein diese zahlt letzterer dann nur vom Tag der Einklagung an. L.R.S. 1904.

Die von Großh. Hofgericht ausgesprochene Ansicht, daß dem Kläger, wenn er Zinse zu fordern habe, diese zugesprochen werden müßten, er möge sie gar nicht oder falsch benannt haben, beruht einestheils auf einer petitio principii, da vorerst noch darzuthun ist, daß der Gläubiger nach Ablauf der Vertragszeit jedenfalls Zinse zu beziehen habe, und andern Theils auf der bisherigen Uebung der Praxis, welche, ohne scharf zu unterscheiden, die beiden wesentlich verschiedenen Begriffe von bedungenen und Verzugszinsen vermengt. Gerade z. B. dadurch, daß die bedungenen Zinse als ein Bestand für gestatteten Geldgenuß betrachtet werden müssen, unterscheiden sie sich von den Verzugs- oder gesetzlichen Zinsen, welche als Entschädigung wegen verzögerten Vertrags erklärt sind L.R.S. 1153. Dort bildet die Zinsenbedingung einen integrirenden Theil der Vertragsbestimmungen, hier sind sie die Folgen wegen verzögerten Vertrags; jene sind hinsichtlich ihres Betrags per Hundert wandelbar und müssen — ohne daß gerade 5 pCt. richterlich angenommen werden dürfen — wie die übrigen Vertragsbestimmungen ausdrücklich und vollständig begründet werden; diese sind nach L.R.S. 1907 a. ein für allemal stabil, daher auf sie nach §. 376 der P.O. ausnahmsweise auch dann vom Richter erkannt werden darf, wenn sie nur im Allgemeinen verlangt worden sind; denn der Richter kennt den Anfang ihres Laufs aus den Bestimmungen des L.R.S. 1904 und 1153, und ihren Betrag aus L.R.S. 1907 a., was er alles von den bedungenen Zinsen nicht weiß, wenn es nicht besonders begründet ist.

Gerade aber auch aus dieser Verschiedenheit, die sich auch z. B. noch auf die Verfallzeit und Verjährungszeit erstreckt, und aus den angeführten Gesetzesstellen geht hervor, daß der Richter kein Recht hat, die bedungenen Zinse für begründet zu halten, wenn gesetzliche eingeklagt worden sind, oder umgekehrt oder auf jene zu erkennen, wenn diese eingeklagt sind, und umgekehrt; denn er verstößt jedenfalls gegen die gesetzlichen Bestimmungen des §. 376 oder 377 der P.O.

ad 2. b. Wenn A. mit dem B. einen Vertrag abschließt, wornach er letzterem ein Kapital bis zu der Zeit überläßt, wo diese Uebereinkunft durch Aufkündigung aufgehoben wird und B. für diese Zeit Zinse zu zahlen verspricht, so möchte doch mit Grund nicht zu bezweifeln seyn, daß das Darlehensverhältniß wirklich auch — und zwar mit vertragsmäßiger Uebereinkunft der Contrahenten — aufgelöst wird, wenn die Aufkündigung von einer Seite erfolgt. Man darf nur die Auflösung des Vertrags-Verhältnisses und den Vollzug der Vertrags-Auflösung nicht vermengen und nur z. B. den Inhalt des L.R.S. 1865 und 1891 a. in vergleichsweise Berücksichtigung ziehen, so wird die Ansicht des Unterrichters wenigstens nicht so grundlos dastehen, als man es nach den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen glauben sollte. Dort wie hier sind noch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus dem aufgelösten Vertrag emaniren, zu verfolgen und beziehungsweise zu erfüllen und doch besteht der Vertrag selbst nicht mehr; daher auch die Ansicht widersprochen werden muß, daß das Vertragsverhältniß noch fortbestehe und fortbestehe bis Zahlung geleistet ist. Vom Moment der Vertrags-Aufkündigung hat der Anleiher das Kapital nicht mehr mit vertragsmäßiger Einwilligung ruhig zu genießen, sondern er hat zu zahlen und der Darleiher hat von seiner Seite die auf die Vertragszeit bedungenen Zinse nicht weiter zu fordern, da er dem Anleiher auch den Genuß nicht mehr läßt. Es ist hierbei die vertragsmäßig, gesetzlich oder richterlich bestimmte Zahlungszeit von der Zeit, wo die Zahlung wirklich erfolgt, auch z. B. schon deshalb zu unterscheiden, weil der L.R.S. 1895 von jener gewisse Folgen abhängig macht. Der Umstand, daß die factische Zahlung nicht augenblicklich erfolgt, ändert das nunmehrige Rechtsverhältniß, wornach der Darleiher die sofortige Zahlung seines Kapitals mit den verfallenen Zinsen fordern kann und der Anleiher diese sofort zu zahlen verbindlich ist, weiter nicht, als daß der Anleiher überdies in Verzug gesetzt ist. Jedenfalls bleibt aber der Darlehens-Vertrag durch die gerichtliche Anforderung aufgekündigt, die Wirkungen der Inverzugsetzung mögen eintreten, oder mit Großh. Hofgericht eine Restitution präsumirt werden; denn auf keinen Fall paßt das Beispiel vom Bestandvertrage, da das Rechtsverhältniß der Vertragspersonen dort durch den L.R.S. 1783 ausdrücklich bestimmt, beziehungsweise die Fortdauer des Bestandvertrags gesetzlich ausgesprochen ist.

Eben deshalb aber, weil das Darlehens-Vertragsverhältniß durch die Aufkündigung ein Ende hat, können von da an auch keine bedungenen Zinse, sondern nur Verzugszinse gefordert werden; es müßten denn ausdrücklich Zinse bis zur Zahlung des Kapitals bedungen seyn; in welchem Fall aber dieselben eben nur bedungene sind und Verzugszinse weiter gar nicht gefordert werden können, weil der Schuldner streng genommen so lange nicht im Verzug ist, als er conventionell Zinse zu zahlen hat.

Jedenfalls erscheint aber die Behauptung als gewagt, daß das Bedingen von Zinsen das Wesen des Darlehensvertrags ändere und daß ceteris paribus die Vertrags-Auflösung

Digitized by Google

beim verzinslichen Darlehen nach andern Grundsätzen zu beurtheilen sey, als die beim unverzinslichen Darlehen.

Mit der Ansicht Großh. Hofgerichts käme man auch consequenter Weise und weil auch bei verzinslichen Darlehen die gesetzlichen Zinse gefordert werden können, dahin, daß der Gläubiger von demselben Zeitraum bedungene Zinse und Verzugszinse zugleich einzuklagen berechtigt sey; erstere, weil sie bedungen sind und bezahlt werden müssen bis das Kapital wirklich bezahlt ist; letztere, weil der Schuldner durch die Aufkündigung in Verzug gesetzt ist. Dieses wäre für den Beklagten offenbar eine weit größere Ungerechtigkeit, als die scheinbare Unbilligkeit für den Gläubiger, welcher aufgekündigt und versäumt hat, von dem Kapital und den verfallenen bedungenen Zinsen die Verzugszinsen sogleich einzuklagen. — Oder kann etwa der Schuldner eines verzinslichen Darlehens gar nicht in Verzug gesetzt werden? —

Was die Behauptung betrifft, daß der L.R.S. 1904 nicht auf die verzinsliche Darleihe passe, so geht — abgesehen davon, daß Brauer nur den Grund anzugeben beabsichtigt, warum nicht gemäß des L.R.S. 1139 der Zinsenlauf mit der Mahnung und gegen die Bestimmung des L.R.S. 1153 Absatz 3 erst von der Einklagung an beginnt, wobei er allerdings die unverzinsliche Darleihe besonders nennt, keineswegs aber behaupten will, daß es beim verzinslichen Darlehen anders sey, am wenigsten, daß die bedungenen oder gesetzlichen Zinse kraft Gesetzes fortlaufen oder auf die bloße Anforderung zu laufen beginnen, zumal es oft eben so gut als Freundschaftsvertrag betrachtet werden muß, wenn der Gläubiger das Geld verzinslich, oder nur um geringe Procente verleiht — schon aus dem Inhalt des ersten, zweiten und dritten Abschnitt des zweiten Kapitels und aus dem des dritten Kapitels des zehnten Titels im dritten Buch des Landrechts hervor, daß der Inhalt der drei ersten Abschnitte auch auf die verzinsliche Darleihe Anwendung finden muß; denn wie wollte man ohne jene blos aus dem Inhalt des dritten Kapitels beurtheilen, was eine verzinsliche Darleihe ist? — welche Verbindlichkeiten der Darleiher und welche der Anleiher hat? — wie wollte man ferner entscheiden, von wann an der Darleiher seinem Schuldner — der mit Heimzahlung des Kapitals und der verfallenen bedungenen Zinse im Rückstand bleibt — vom Kapital und diesen Zinsen Verzugszinse zu zahlen hat, wenn nicht der L.R.S. 1904 dieses für die verzinsliche Darleihe, so gut wie für die unverzinsliche ausdrücklich noch bestimmte? Spricht er nicht wie die Sätze 1892—1903 inclusive von der Darleihe überhaupt? und warum soll der Satz 1904 nur von der unverzinslichen Darleihe handeln, während die verzinsliche Darleihe ihre hierher bezügliche Bestimmung etwa aus Absatz 3 des L.R.S. 1153 suchen soll?

Mit dem Eintritt des terminus ad quem des Vertrags hat der Darlehensvertrag (er sey verzinslich oder unverzinslich) ein Ende; der Schuldner hat über die Vertragszeit hinaus keine bedungenen Zinse mehr zu bezahlen — weil weder der Vertrag selbst, noch das Gesetz ihn dazu verpflichet, einerlei ob dem Gläubiger ein Schaden zugeht oder nicht; dagegen ist er im Verzug und muß die Verzugszinse zahlen, sobald der Gläubiger sich regt, und sie einklagt. Es wär daher eine ganz widerrechtliche Ansicht, wenn der Richter glauben würde, er müsse dem Gläubiger nachhelfen, damit er keinen Zinsenausfall leide. Es gibt ja nur bedungene und gesetzliche, nicht aber richterlich zuzuerkennende Zinse.

ad 3. Mit der Insinuation des ersten Zahlungsbefehls ist der Beklagte wegen Zahlung von 1600 fl. und 133 fl. Zins im Verzug; Verzugszinse hat er aber nur von der Einklagung an zu fordern, folglich auch von jenen 133 fl. für den Zeitraum vom Jahr 1836 bis zum Tag der Klagzustellung keine *). Die Zinse von diesen Zinsen sind daher unbegründet; noch mehr aber die Zinse, welche der Gläubiger von den Jahreszinsen pro 1835—36, 1836—37 und 1837—38 sammt diesen selbst fordern zu können glaubt, da vom Jahr 1836 keine bedungenen Zinse laufen und noch weniger davon Verzugszinse gefordert werden können, und da auch — wenn man gegen die eigene Erklärung des Klägers diese allerdings als bedungen eingeklagten Zinse als Verzugszinse betrachten wollte, von Verzugszinsen nicht selbst wieder Verzugszinse eingeklagt werden konnten **).

Was in zweiter Instanz mit dem nun nochmals eingeklagten Jahreszins pro 1835—36 geschehen wird, hinsichtlich dessen die Vollstreckung schon, wiewohl fruchtlos, vorgenommen worden ist, steht dahin.

Nach dem Vorstehenden, das bei seinem praktischen Interesse ein Gegenstand der genauern und einsichtsvollern Beurtheilung des juristischen Publikums werden möge, dürfte sich aus den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen nicht rechtfertigen lassen:

1) daß ungeachtet vorliegender rechtskräftiger Zahlungsverfügungen über dieselbe Streitsache nochmals auf Ladung erkannt wird;

*) Warum keine? — Die Erwirkung eines bedingten Zahlungsbefehls ist doch wohl auch eine Einklagung, welche nach S. 1154 Zinse von Zinsen begründen kann. Ob das ordentliche Verfahren, oder jenes des 34. Tit. gewählt werde, ist einerlei. Das Gesetz macht hier keinen Unterschied.

D. Red.

**) Der S. 1154, wornach ein Zinsrückstand durch Einklagung wieder zinstragend werden kann, macht keinen Unterschied, ob der Rückstand von bedungenen, gesetzlichen oder Verzugszinsen herrühre.

D. Red.

Digitized by Google

2) daß ein sogenanntes Quiderkenntniß und unbedingter Zahlungsbefehl keine Wirkung hat, auch wenn die Restitutionsfrist abgelaufen ist;

3) daß es gleichgültig sey, ob der Gläubiger bedungene oder Bezugszinse einklage, wenn er nur Zinse einzuklagen berechtigt sey;

4) daß durch die Aufkündigung des Darlehensvertrags der Vertrag nicht aufgelöst werde;

5) daß der Schuldner einer verzinslichen Darleihe bis zur wirklichen Abzahlung des Kapitals bedungene Zinse zu zahlen schuldig sey, einerlei, ob der Vertrag einen terminus ad quem habe oder nicht. K.

II.

Ueber die Auslegung des §. 55 des Gesetzes über die Rechte der Gemeindebürger und die Erwerbung des Bürgerrechts.

Der pensionirte Beiförster Friedrich Lydtin ist der Sohn des verstorbenen vormaligen mit Staatsdiener-Eigenschaft in Weisweil angestellt gewesenen Försters Lydtin. Letzterer war der Sohn des Bürgers und Bäckermeisters Johann Jakob Lydtin von Thenningen, Großh. Oberamts Emmendingen.

Ueber das Heimathsrecht des Beiförsters Friedrich Lydtin wurden Verhandlungen nöthig und da die betreffenden Aemter verschiedener Ansichten waren, so kam diese Sache zur Entscheidung Großh. Regierung des Mittelrheinkreises, welche unterm 11. Juni 1839 dahin erging

daß Beiförster Lydtin mit seiner Familie der Forstkolonie Herrenwies heimathlich zuzuweisen sey.

Dieses Erkenntniß beruht darauf, daß der Vater des Beiförsters Lydtin, der als Förster in Weisweil gestorben sey, das angeborene Bürgerrecht in Thenningen zwar gehabt, allein dasselbe nicht angetreten habe, somit auch seine Relicten aus diesem von ihm versäumten und bei seinem Tode als erloschen zu achtenden Rechtsanspruche kein Heimathsrecht in Thenningen für sich ableiten könnten,

daß der Aufenthalt des Beiförsters Lydtin in Karlsruhe, als Parkjägers und Beiförsters in Hundsbach in diesen beiden Orten in Bezug auf eine Heimathsansprache von ihm oder seiner Familie nicht präjudizielich seyn könne,

daß Beiförster Lydtin nach seiner Pensionirung in keinem Orte fünf Jahre sich ununterbrochen aufgehalten habe, und

daß er in der Pfarrkirche zu Herrenwies ordnungsmäßig getraut worden sey.

Auf ergriffenen Recurs erkannte das Großh. Ministerium des Innern abändernd dahin:

In Erwägung, daß nach §. 55 des Bürgerannahme-Gesetzes die Kinder der Staatsdiener in der Gemeinde das angeborene Bürgerrecht haben, in welcher ihr Vater angestellt ist oder angestellt war, insofern dieser nicht in einer andern Gemeinde das Bürgerrecht hatte,

In Erwägung, daß der Vater des Beiförsters Lydtin in Weisweil mit Staatsdiener-Eigenschaft angestellt war, daß derselbe zwar in Thenningen das angeborene Bürgerrecht hatte, daß er dasselbe aber nicht angetreten hat, dieses angeborene Bürgerrecht folglich auf seinen Sohn, nach §. 44 des erwähnten Gesetzes nicht übergehen konnte und demselben daher in Weisweil, als dem Anstellungsorte seines Vaters, das Bürgerrecht zusteht,

wird der gegen das Erkenntniß der Großh. Kreisregierung vom 11. Juni v. J. hierher ergriffene Recurs für gerechtfertigt erklärt, und deshalb unter Aufhebung dieses Erkenntnisses erkannt:

daß Beiförster Lydtin mit seinen sämmtlichen Kindern nach Weisweil, als dort heimathsberechtigt, zu weisen sey.

Bemerkungen des Einsenders.

Nicht zu bezweifeln dürfte es wohl nach den vorliegenden Thatsachen und nach Ansicht des §. 55 l. c. seyn, daß Beiförster Friedrich Lydtin nicht als heimathlos betrachtet werden und daß deshalb der §. 73 l. c. keine Anwendung finden könne.

Dagegen dürfte nach meiner Ansicht der §. 55 l. c. anders, als geschehen, auszulegen seyn. Er verordnet nämlich:

daß die Kinder der Staatsdiener in derjenigen Gemeinde das angeborene Bürgerrecht haben, wo ihr Vater angestellt ist oder angestellt war, insofern dieser (der Vater) nicht in einer Gemeinde das angeborene oder durch Aufnahme erlangte Bürgerrecht hat, oder zur Zeit seines Todes hatte, in welchem Falle solches auf seine Kinder übergeht.

Die Kinder der Staatsdiener haben hiernach nur dann Ansprüche auf das Bürgerrecht in dem Anstellungsorte ihres Vaters, wenn dieser anderwärts weder das angeborene, noch das durch Aufnahme erlangte Bürgerrecht besaß. Hatte der Vater in einer andern Gemeinde das angeborene oder durch Aufnahme erlangte Bürgerrecht, so geht sowohl das angeborene, als auch das durch Aufnahme erlangte Bürgerrecht auf seine Kinder über.

Der erwähnte §. 55 sagt nicht, daß zum Uebergang des angeborenen Bürgerrechts des Vaters auf seine Kinder erforderlich sey, daß der Vater sein angeborenes Bürgerrecht angetreten habe; er scheint mir vielmehr in dem Worte „solches" das Gegentheil auszusprechen, daß nämlich das angeborene noch nicht angetretene Bürgerrecht eines Staatsdieners auch auf seine Kinder übergehen solle, denn das Wort „solches" kann wohl nur sowohl auf das angeborene, als auch auf das durch Aufnahme erlangte Bürgerrecht bezogen werden.

Diese Ansicht steht der §. 44 des allegirten Gesetzes nicht entgegen, denn dieser §. ist durch den Schlußsatz des §. 1 dahin modificirt, daß das angeborene, noch nicht angetretene Bürgerrecht das Recht des ständigen Aufenthalts in der Gemeinde und der Benützung aller Gemeinde-Anstalten, das Recht des unbeschränkten Erwerbs von Liegenschaften und das Recht des Anspruchs auf Unterstützung aus den Gemeindemitteln in Fällen der Dürftigkeit verleiht.

Digitized by Google

Diese Rechte standen dem Vater des Friedrich Lydtin gegenüber der Gemeinde Thenningen kraft seines angeborenen Bürgerrechts in dieser Gemeinde zu und sie gingen deshalb auch (mit Ausnahme des Rechts auf Unterstützung aus Gemeindemitteln im Falle der Dürftigkeit, nach Maaßgabe des §. 58. l. c.) in Gemäßheit des §. 55 l. c. auf seinen Sohn, den Beiförster Friedrich Lydtin über.

Für diese Auslegung scheint mir auch der §. 56 l. c. zu sprechen, indem er den Kindern der Staatsdiener nur in dem Falle ein Wahlrecht unter den verschiedenen Anstellungsorten ihres Vaters gestattet, wenn letzterer kein *) angeborenes Bürgerrecht hatte, woraus folgt, daß beim Vorhandenseyn eines angeborenen Bürgerrechts des Vaters dieses auf seine Kinder übergeht.

Das angeborene Bürgerrecht dürfte hiernach nicht als ein bloßer Rechtsanspruch, sondern als die Quelle der oben angegebenen Rechte zu betrachten seyn und deshalb scheint auch von einem Erlöschen eines aus dem angeborenen Bürgerrechte fließenden Rechtsanspruchs durch den Tod keine Rede seyn zu können. —

Da nun der Großvater des Beiförsters Friedrich Lydtin in Thenningen Bürger war, der Vater des letztern in Thenningen das angeborene Bürgerrecht hatte, welches nach §. 55 l. c. auf seinen Sohn Friedrich Lydtin überging, so dürfte Friedrich Lydtin mit seinen Kindern nicht der Gemeinde Weisweil, sondern der Gemeinde Thenningen heimathlich zuzuweisen seyn. Fr. Schrukh.

Anmerkung der Redaction.

Die §§. 55 u. 56 des Bürgerannahme-Gesetzes sind allerdings unklar geworden dadurch, daß darin das angeborene Bürgerrecht des Vaters an einem andern Ort als Grund zu einer Ausnahme von der Regel, daß Staatsdieners-Kinder im Anstellungsorte des Vaters Bürgerrecht erhalten, aufgeführt ist, während doch Kinder eines Staatsdieners, der anderwärts ein angeborenes Bürgerrecht hat, es aber nicht antrat, nach andern gesetzlichen Bestimmungen dort für sich kein Bürgerrecht ansprechen können. Des letzteren Verhältnisses wegen kann daher nur die vom Ministerium des Innern angenommene Auslegung des §. 55, obschon sie dem Wortlaute nicht ganz entspricht, die richtige seyn.

Der §. 55 sagt nämlich nicht, wo die Staatsdiener-Kinder, wenn der Vater ein angeborenes Bürgerrecht habe, ein solches für sich ansprechen können, sondern man kann in jenem §. 55 bei einer wörtlichen Auslegung nur die negative Bestimmung finden, daß die Kinder in einem solchen Falle das Bürgerrecht im Anstellungsorte des Vaters nicht anzusprechen haben.

Nun aber würde sich's bei Vergleichung der andern Gesetzesstellen, namentlich der §§. 1 u. 44 ergeben, daß die Kinder, wenn man den Ausdruck „angeborenes Bürgerrecht" nicht beschränkend auslegt, mitunter gar nirgends einen Bürgerrechts-Anspruch hätten, was man doch eben durch jenen §. 55 vermeiden wollte.

Da nämlich den Staatsdienern, Pfarrern und Schullehrern die Heirathserlaubniß ertheilt wird, ohne daß, wie dies bei Andern sonst erforderlich ist, Braut und Bräutigam an einem und demselben Orte ein Bürgerrecht haben und antreten, wodurch für die Nachkommen das Bürgerrecht an diesem Orte wieder gesichert wird, so mußte das Gesetz Fürsorge treffen, daß die Kinder der Staatsdiener, Pfarrer und Schullehrer nicht heimathlos werden. Es verlieh ihnen daher das Bürgerrecht im Anstellungsorte des Vaters. Dabei dachte man sich aber: hat der Vater irgendwo ein angeborenes Bürgerrecht in der Art, daß es auf seine Kinder übergeht, so ist das Aushülfebürgerrecht des Anstellungsorts nicht nöthig, daher ist dieser Fall von der gesetzlichen Regel auszunehmen.

Nun tritt aber das nach §. 1 u. 7 im Bürgerrecht liegende Recht, in der Gemeinde durch Heirath eine Familie zu gründen, nach dem Schlußsatze des §. 1 und nach §. 44 erst durch den Antritt des Bürgerrechts in Wirksamkeit, und der Mann muß nach §. 24 u. 31 überdies auch der Frau, wenn sie im Orte kein angeborenes Bürgerrecht hat, ein solches durch Einkauf verschaffen, wie dies Alles bei andern, als bei den im §. 55 genannten Personen, der Ertheilung der Heirathserlaubniß vorausgehen muß. Geschieht es dagegen bei dem Staatsdiener nicht, so kann er auch durch seine Heirath in der Gemeinde, in der er angeborenes Bürgerrecht hat, keine Familie gründen, d. h. keine solche, welche in dieser Gemeinde ebenfalls wieder Bürgerrecht erhält. Für diese Fälle muß also das Bürgerrecht des Anstellungsorts den Staatsdieners-Kindern zukommen, und der im §. 55 bestimmte Ausnahmsfall kann nur dahin verstanden werden, daß das Bürgerrecht des Anstellungsorts alsdann wegfalle, wenn der Vater anderwärts ein angeborenes Bürgerrecht in der Art, daß es auf seine Kinder übergeht, also ein angetretenes besitzt. Nur dadurch wird der Fall auch wirklich zu einem Ausnahmsfalle, wogegen bei anderer Auslegung die Regel des §. 55, nämlich das Bürgerrecht im Anstellungsort, zur Ausnahme und zwar zu einer sehr seltenen Ausnahme würde. Es wird nämlich wenige Staatsdiener geben, die nirgends ein angeborenes Bürgerrecht haben, es könnte sich dies nur bei jenen Staatsdienern ereignen, welche von Vagantrn oder überhaupt von Heimathlosen, die etwa einer Gemeinde als Einsassen zugewiesen wurden, abstammen. Deren wird es aber sehr wenige geben. Man kann daher nicht annehmen, daß alle jene, welche nicht in diese vagirende Klasse gehören, sondern irgendwo ein angeborenes Bürgerrecht besitzen, solches aber nie antreten, für ihre Kinder von der Wohlthat des §. 55 ausgeschlossen seyen. D. Red.

*) Wie schon im 7ten Jahrgang der Annalen Seite 335 bemerkt ist, wurde durch einen Druckfehler im §. 56 vor dem Worte „angeborenes" das Wort „kein" weggelassen, was diesen §. unverständlich macht.

III.

Auch etwas über den Zeugenbeweis bei dem Verbrechen des Meineids, der über ein nicht durch Zeugen zu erweisendes privatrechtliches Rechtsgeschäft geleistet worden ist.

Als bald nach Einführung der P.O. sich die Untersuchungen mehrten, welche auf die Ablegung eines Meineids gebaut waren, machte sich auch bald die Ansicht geltend, und gewann selbst die Billigung des höchsten Gerichtshofs, daß im Untersuchungsverfahren der Beweis des Meineids nicht durch Zeu-

Digitized by Google

gen geführt werden könne, wenn das Rechtsgeschäft, in dessen eidlicher Bestärkung der Meineid liegen sollte, nach den Bestimmungen des Landrechts nicht durch Zeugen erweisbar ist. Diese Ansicht ist aber, wie aus den Annalen 1840 Nr. 36 I hervorgeht, vom höchsten Gerichtshof wieder verlassen worden, und wenn Viele ihre Uhren nach der frühern Ansicht gerichtet haben, so ist vorauszusehen, daß sie jetzt ihre Uhren wieder nach der neuern, die Zulässigkeit des Zeugenbeweises annehmenden Ansicht richten werden.

Ohne uns nun in die Frage einzulassen, welche Ansicht die richtigere seye, so entnehmen wir jedenfalls aus solchen Schwankungen der Ansichten der Gerichte die Behauptung, daß die Gesetzgebung selbst daran eine nicht geringe Schuld trägt, und suchen wir solche, so glauben wir sie hauptsächlich im §. 1252 Nr. 4 der P.O. zu finden. So lange der L.R.S. 1363 galt, so lange der Grundsatz bestand, daß ein auch im Kriminalverfahren erwiesener Meineid doch keine Wirkung auf den dadurch entschiedenen bürgerlichen Prozeß hatte, hörte man nirgends im Lande von solchen Meineidsanschuldigungen und dadurch veranlaßten Untersuchungen, und erst der §. 1252 Nr. 4 der P.O. hat sie aufgeregt, weil dadurch der im Rechtsstreit Unterlegene den Weg fand, durch den Beweis des Meineids und durch die dadurch eröffnete Wiederherstellungsklage nunmehr auch im wiedereröffneten bürgerlichen Rechtsstreit obzusiegen. Die Fälle mehren sich aber von Tag zu Tag, und es steht bald zu besorgen, daß dadurch ein Hauptrichtpunkt unseres Landrechts in seiner vorzugsweisen Anforderung und Begünstigung des Urkundenbeweises empfindlich beeinträchtigt wird, denn wenn es einmal im Lande allgemein bekannt wird, daß man alle Arten von den in Privaturkunden abzufassenden Verträgen im Untersuchungsverfahren des Meineids durch Zeugen beweisen kann, und daß dieser Zeugenbeweis auch für den Civilprozeß gilt, so giebt man sich nicht mehr die Mühe eine Urkunde zu erhalten, sondern schiebt dem Andern den Eid zu, und beweist ihm alsdann durch die Zeugen den Meineid. Man hat dabei noch den Vortheil, seine Rache dadurch zu befriedigen, daß man den Andern auch in das Zuchthaus bringt. Allerdings muß die Heiligkeit des Eides durch das weltliche Strafgesetz und jedenfalls so lange geschützt werden, als man den Eid als ein Beweismittel des bürgerlichen Prozesses zuläßt, allein dieser Schutz wird immerhin durch ein höchst bedenkliches Mittel und in einem höchst gefährlichen Weg da erreicht, wo man die Falschheit eines abgelegten Eides dadurch erhebt, daß man ihm zwei andere Eide der Zeugen gegenüberstellt, und daß man dieses insbesondere da zuläßt, wo derjenige, der durch den Beweis des Meineids und durch die damit eröffnete Wiederherstellung einen Geldvortheil sucht und erhält, die Anschuldigung des Meineids vorbringt und durch zwei Zeugen erweist.

Vor Einführung der P.O. hat man doch nichts von solchen Anschuldigungen eines Meineids gehört, obschon damals die Zulässigkeit des Zeugenbeweises im Kriminalverfahren nicht bezweifelt war, und obschon damals das öffentliche Interesse für Bestrafung des Meineids das gleiche war, wie jetzt, und wenn man jetzt so viele Anschuldigungen des Meineids findet, so beweist dieses nur, daß ihre Ursache nicht in der Wahrung des öffentlichen Interesse, sondern lediglich in der Handhabung des Privatvortheils jener liegt, welche die Anschuldigung des Meineids erheben, und mit seinem Beweis ihren Vortheil befördern. Wenn man aber bedenkt, wie leicht es bei der unbedingten Zulassung des Zeugenbeweises dem Einverständniß dreier Schurken gemacht ist, den redlichsten Mann um Hab und Gut und noch dazu in das Zuchthaus dadurch zu bringen, daß Einer als Kläger auftritt und dem Beklagten einen Eid zuschiebt, dessen Falschheit er dann durch seine Helfershelfer in der Meineidsuntersuchung beweist und auf welchen Beweis hin er dann seine unwahre Foederung in der Wiederherstellungsklage zugesprochen erhält, so mag es Einem doch vor einem solchen Mittel der Aufrechthaltung der Heiligkeit des Eids grauen. Ohnedies folgt auch die wirkliche Falschheit des abgelegten Eides nicht immer aus seinem Widerspruch mit den Zeugenaussagen. Es hat sich aus der Begünstigung des Urkundenbeweises bei Manchem die Meinung erzeugt, daß ein Vertrag nicht eher abgeschlossen sey, als bis darüber eine Urkunde ausgestellt worden ist. Wird nun dem Beklagten der Eid über den Abschluß des Vertrags zugeschoben, so schwört er denselben in der Unterstellung aus, daß kein Vertrag abgeschlossen worden seye, weil er noch keine Urkunde ausgestellt hat, und beweisen nun zwei Zeugen die Thatsache des mündlichen Uebereinkommens, so wird man die Entschuldigung des Angeklagten, er habe geglaubt, daß bei dem Mangel der Urkunde der Vertrag nicht zum Abschluß gekommen seye, als eine leere Ausflucht ansehen, und ihn des Meineids für schuldig finden, obschon er im besten Glauben gestanden seyn kann. Daß der Beklagte im vorausgegangenen Rechtsstreit die Thatsachen des mündlichen Vertragsabschlusses geläugnet hat, beweist den Meineid nicht, weil in der Regel der Eid nicht darauf gestellt wird, daß diese oder jene mündliche einen Vertragsabschluß enthaltende Aeußerung erfolgt ist, sondern nur darauf, daß er den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen habe.

So gefährlich es nun unter diesen Voraussetzungen für die allerdings nothwendige Strafbarkeit eines Meineids seyn mag, wenn man die Vorschriften des Landrechts über den Beweis eines Vertrags so geradezu in das Strafverfahren überträgt, eben so gefährlich scheint es zu seyn, wenn man den Beweis eines Meineids im Strafverfahren so gerade hin für den bürgerlichen Rechtsstreit gelten läßt. Der §. 1252 Nr. 4 der P.O. schreibt dieses nicht bestimmt vor, sondern will nur die Statthaftigkeit der Wiederherstellungsklage festsetzen, wenn im Wege des Strafprozesses der Meineid erwiesen wurde. Daß aber der Civilrichter auf die an sich statthafte Wiederherstellungsklage den Beklagten auch verurtheilen müsse, ist um so weniger vorgeschrieben, als es im §. 1252 nicht heißt, wenn durch die im Strafverfahren zulässigen Beweismittel der Meineid erwiesen ist, sondern nur von einem im Wege des Strafverfahrens geführten Beweis die Rede ist, dessen Erwägung im Civilprozeß alsdann dem Civilrichter nach den Vorschriften des Civilrechts zusteht und obliegt. Ich halte daher die in den Annalen 1840 Nr. 31 IV. niedergelegte Ansicht, daß der Civilrichter die an sich statthafte Wiederherstellungsklage nach gepflogenen Verhandlungen doch verwerfen könne, und selbst müsse, wenn der Beweis des Meineids nur durch die im Civilprozeß unzulässigen Zeugen geführet worden ist, für ganz richtig, und glaube, daß auf diesem Weg die Vorschriften des Strafrechts und des Landrechts vereinbarlich sind und daher auch vereinbart werden müssen.

Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 6. | Karlsruhe den 6. Februar 1841.

I.

v. Jagemann, Dr. Ludwig (Amtmann in Heidelberg): Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Frankfurt am Main, Verlag von G. F. Kittembeil. 1838.

Der Verf. giebt in einem einleitenden Vorwort Rechenschaft über den Zweck und die Beweggründe seines Unternehmens. „Ueber die Abfassung juristischer Schriftsätze und Vorträge werden auf allen Universitäten Collegien gelesen; man wird sich aber vergebens nach einer Gelegenheit umsehen, die Kunst der Untersuchung systematisch zu erlernen. Es ist unverkennbar“ (bemerkt er weiter) „daß zur Untersuchungskunde etwas mehr, als Bücherstudium und Gelehrsamkeit gehört, nämlich ein praktischer Blick, Menschenkenntniß, Auffassungstalent; aber daraus wird man nicht folgern wollen, daß eine doktrinelle Anleitung unmöglich, oder wenigstens überflüssig sey, indem sie demjenigen, welchem der Beruf nicht angeboren, die nöthigen Eigenschaften nicht verleihen könne. Wenn auch zur Inquisition vorzugsweise Anlagen gehören, so wird sie doch überall Stückwerk bleiben, wo es an den wissenschaftlichen Elementen fehlt.“ Diese Elemente wollte er liefern durch Errichtung eines von der Theorie des Strafprozesses nicht unbedingt abhängigen, auf eigenen Grundsätzen beruhenden Lehrgebäudes — zum Nutzen und Frommen der Rechts-Candidaten, die wirklich in die Praxis eintreten und der Studirenden, welchen jener Leitfaden einigermaßen zur Vorbereitung dienen kann. Der Vf. schreibt gleichwohl für deutsche Inquirenten, das deutsche Untersuchungssystem bildet die Grundlage seines Gebäudes; es ruht also das letztere nur insofern auf eigenen Pfeilern, als er die gemeinrechtliche Theorie, wo er sie für unvollständig hält, zu ergänzen sucht, oder von ihren Lehrsätzen, wo ihm deren Zweckwidrigkeit oder Grundlosigkeit einleuchtet, abweicht. Es würde sich daher derjenige sehr täuschen, der sich durch obige Charakteristrung dieses Werks verleiten ließe, ein ganz neues, von allen bestehenden Verhältnissen Umgang nehmendes, für das Bedürfniß aller Völker berechnetes System der Untersuchungskunde zu erwarten.

Das Buch ist in drei Hauptparthien eingetheilt, wovon die eine über die Voruntersuchung, die andere über die Specialuntersuchung, und die dritte über den Aktenschluß sich verbreitet. Es enthält 760 Seiten und 678 Paragraphen. Der Verf. entschuldigt seine Weitläufigkeit mit der Bemerkung, daß er nicht nur für geübte, vieljährige Geschäftsmänner, sondern auch für Anfänger geschrieben habe, und ferner, daß er eine bisher unbenutzte, reiche Quelle der Erkenntniß, in den Ergebnissen der Praxis und psychologischen Beobachtungen bestehend, geöffnet habe.

Das Werk ist bereits in mehreren kritischen Blättern auf das Vortheilhafteste beurtheilt. Zum besondern Verdienst wurde dem Verf. angerechnet, daß er eine fühlbare Lücke in unserer Literatur mit Erfolg ausgefüllt habe *).

Von dem schätzbaren Werke des Stadtdirektors Pfister **) unterscheidet es sich dadurch, daß es uns mit den Regeln und Grundsätzen, nach welchen sich das inquisitorische Verfahren richtet, bekannt macht, während jenes — die Kenntniß derselben voraussetzend — uns in die Kunst einweiht, solche, zumal in schwierigen Fällen, richtig anzuwenden. Sie vereinigen sich darin, daß beide dem angehenden und erfahrenen Geschäftsmanne zum Leiter und Führer dienen wollen, — das eine auf dem Wege der Theorie, das andere auf jenem der Praxis. Ich bin lebhaft davon überzeugt, daß Jeder, der da berufen ist, Untersuchungen zu führen, zu beurtheilen, oder zu überwachen, aus der Lektüre des v. Jagemann'schen Handbuches Nutzen schöpfen werde. Dasselbe enthält gleichwohl manche Lehrsätze und Behauptungen, welche theils nur eine beschränkte, theils keine Anerkennung finden dürften. Ich rechne im ersten Buche, welches von den Grundsätzen der Voruntersuchung

*) M. s. das Archiv d. Criminal-R. — neue Folge — die Annalen v. Hitzig — die allg. Jena'sche Literatur-Zeitung.

**) I. B. 2. H. 3 des Archives.

Digitized by Google

handelt, dahin: 1) die unbedingte Verwerfung anonymer Anzeigen (§. 9.). „Sie beruhen" (bemerkt der Verf.) „immer entweder auf Rachsucht und Verläumdung oder sie rühren von einer feigen Seele her, die ihre Anklagen nicht zu vertreten wagt." Auch der edle Beccaria sagt an einem Orte: die Sitte der geheimen Anklagen macht die Menschen zu Lügnern und heimtückischen Schurken. Ich hasse diese Sitte ebenfalls, und würde den Inquirenten sehr tadeln, der auf Anzeigen dieser Art mehr Gewicht legt, als sie bei dem Verdachte der Grundlosigkeit, welcher auf ihnen haftet, im Allgemeinen verdienen. Daß sie aber schlechterdings verwerflich, d. i. in keiner Beziehung beachtenswerth seyen, kann ich nicht zugeben. Es ist fürs Erste nicht immer die Furcht oder die Leidenschaft, sondern die durch keine unedle Triebfeder geleitete Klugheit, welche anonyme Anzeigen hervorruft. Der Anzeiger kann zu dem Angezeigten in persönlichen Verhältnissen stehen, welche ihm die Unterdrückung seines Namens zur Pflicht machen. Er möchte z. B. das Verbrechen zur Kenntniß der Gerichte bringen, glaubt jedoch, daß er bei seinem offenen zu Werkegehen den Zweck seiner Anzeige vereitle, oder Dritten ungebührlich schade, und hat gute Gründe, dieß anzunehmen. Fürs Zweite giebt es Verbrecher, welche der Schrecken, die Geißel ganzer Gegenden sind, zu deren öffentlicher Anzeige mehr als gewöhnlicher Muth erfordert wird, desgleichen anonyme Anzeigen, welche den Richter auf die Spur des Verbrechens führen, und welche durch andere Verdachtsgründe unterstützt sind. Der Richter, welcher bei schweren Verbrechen, und wo es sich um schleunige Erhebung des objectiven Thatbestandes handelt, auf solche Anzeigen mit der möglichsten Vorsicht und Schonung einschreitet, wird sich gewiß nicht lächerlich machen. 2) Die Anfeindung der Eintheilung des Thatbestandes in den ob- und subjectiven, §. 20. „Was hilft alles Inquiriren, alles Aufspüren und Verfolgen von Verdächtigen, alles Verhören und Instanziren, wenn die vollkommene Gewißheit darüber mangelt, daß und wie überhaupt ein Verbrechen begangen wurde. Diese Bemerkung drängt sich bei einigem Nachdenken so natürlich auf, daß es unbegreiflich ist, wie manche Inquirenten ohne einen festen Thatbestand sich mit Kreuz- und Querfragen fruchtlos abmühen mögen. Es kommt dieß gewöhnlich von der unseligen scholastischen Eintheilung in ob- und subjectiven Thatbestand, die ihrer großen Bequemlichkeit und des gelehrten Scheines halber in die Praxis ziemlich allgemein eingeschlichen ist." Der Thatbestand eines Verbrechens ist nichts anderes, als der Inbegriff der gesetzlichen Merkmale, welche die Strafbarkeit einer Handlung begründen. Er ist also ein aus verschiedenen Theilen zusammengesetztes Ganze. Allein es giebt Verbrechen, welche sinnlich erkennbare Spuren zurücklassen, und deren Daseyn sich ohne Kenntniß eines bestimmten Individuums, welches als Urheber, Gehülfe oder Begünstiger zu demselben in Beziehung steht, ermitteln läßt (z. B. die Tödtung, Fälschung, Verfälschung der Urkunden), und Verbrechen, bei welchen dieß der Fall nicht ist (z. B. das Verbrechen des Betruges, der verheimlichten Schwangerschaft ꝛc.). Dieser Unterschied ist von der größten Wichtigkeit für den Zweck der Untersuchung, Beurtheilung und Bestrafung. Von ihm schreibt sich die Eintheilung in ob- und subjektiven Thatbestand her. Sie ist in der Natur der Sache gegründet, und wird darum aller Kritik zum Trotz fortbestehen. Allerdings ist das, was man damit sagen will, durch: „objektiver und subjektiver Theil des Verbrechens" richtiger ausgedrückt. Der Verständige legt jedoch jene Eintheilung nicht anders aus. Es können deßhalb jene Kreuz- und Querzüge nur aus der Kurzsichtigkeit desjenigen abgeleitet werden, der sie begeht. 3) Die Behauptung, daß die Verhaftung auch zum Zwecke der Vermeidung von Collusionen mit Zeugen zulässig sey, §. 52. Der Verf. öffnet durch diese Lehre der Willkühr des Inquirenten Thür und Thore. Es sind hier nur zwei Alternativen gedenkbar: die Collusion ist möglich, oder sie ist sogar wahrscheinlich. Jemanden schon auf den ersten Grund hin der Freiheit zu berauben, hieße eine der gewaltigsten Maßregeln gegen alle Inculpaten sanctioniren. Kennt der Inquirent die Zeugen, und muß er ihnen das Prädicat unbescholten und rechtschaffen angedeihen lassen, so hat er eine Collusion nicht zu befürchten. Er nimmt wenigstens keinen Anstand (§. 108), Zeugen, welche sich zu einer Collusion mit dem Verbrecher herbeilassen, in die Kategorie der Genossen zu versetzen, und entzieht ihnen damit, daß er ihre Bereitwilligkeit zum Eintritt in diese Genossenschaft voraussetzt, den Glauben an ihre Rechtlichkeit, den sie ohne Dazwischenkunft hinreichender Verdachtsgründe in Anspruch nehmen können. Womit will er nun in diesem Falle eine Maßregel rechtfertigen, welche ebensowohl gegen unverdächtige Zeugen, als gegen den verdächtigen Inkulpaten gerichtet ist? Sind die Zeugen hingegen wirklich verdächtig, dann wird auch ihre Aussage wenig relevíren. — Kennt er sie gar nicht, so zieht er gegen ein blos mögliches Hinderniß zu Felde, und die Gewalt, zu verhaften, hat keine Grenzen mehr. — Man soll den Gang der Justiz nicht durch lästige und zweckwidrige Schranken hemmen; man darf es aber auch nicht dahin kommen lassen, daß die Ehre und Freiheit von der Obrigkeit selbst beeinträchtigt wird, welche, diese Güter zu schützen, eingesetzt ist. Der Verf. stellt die Vertretung der verletzten Menschenrechte und die Schonung des Unschul-

Digitized by Google

digen als die zwei großartigen Gedanken dar, die das Herz und den Geist des Untersuchungsrichters in stärker Aufregung erhalten (§. 116). Ich zweifle keinen Augenblick, daß ihn bei seiner Amtsverwaltung der heilige Eifer für das Recht und die Unschuld leite; allein ich begreife nicht, wie er bei diesem anerkannten Eifer Lehren und Rathschläge ertheilen kann, welche, wie es mir scheint, die Unschuld offenbar gefährden. „Unter Geschwistern" (sagt derselbe am Schlusse seiner Anleitung über das Benehmen des Inquirenten bei Verlegenheiten, die aus der unordentlichen Bezeichnung der abzuhörenden Personen hervorgehen) „die sich sehr ähnlich sehen, ist jedoch manchmal schwer, die wahre Person mit Sicherheit zu erkennen, wenn nicht auch das Sprachorgan dem Angeber im Gedächtniß liegt. Wollen Geschwister oder vertraute Kameraden, von denen der eine als Thäter angeklagt ist, aber nicht mit Festigkeit herausgehoben werden kann, nicht selbst den Zweifel heben" (es frägt sich vorerst: ob diese Aufklärung in ihrer Willkür liegt?) „und sich über den Vorfall aussprechen, so bleibt dem Inquirenten Nichts übrig, als alle Beide, oder selbst Mehrere, wenn es mehr als zwei sind, in Untersuchung zu ziehen, ja sogar, wenn der Fall dazu geeignet schaftet ist" (die Betrachtung, daß hier Collusion statt finden könne, wird ihn bald dazu vereigenschaften) „Alle in Verhaft zu nehmen. Dieses letztere Mittel wird gewiß in den meisten Fällen zur Angabe der Wahrheit führen" (beiläufig auf dieselbe Weise, wie ehmals die Tortur); „will aber dennoch Keiner den Andern verrathen, so müssen sie Alle im Gefängniß bleiben, bis sonstige Beweise gegen Einen unter ihnen mit schlagender Unterscheidung aufgefunden werden, oder die Sache endlich" (wie lange kann dieß währen?) „wegen Mangels bestimmter Indizien gegen ein einzelnes Individuum auf sich beruhen muß" (§. 146). Ich weiß zwar, daß sich auch Mittermaier *) zu der Ansicht des Verf. bekennt; vermisse jedoch überall entscheidende Gründe für diese Meinung, und kann darum das gegen dieselbe ausgesprochene Anathem nicht zurücknehmen.

Im hohen Grade beherzigungswerth scheinen mir in dem ersten Buche die praktischen Regeln zur Erhebung des Thatbestandes, sodann das, was er über die Beeidigung der Zeugen und Damnificaten, über die Entschädigung der dritten Brsitzer für eingelieferte Corpora delicti, und über die Confrontationen vorträgt. Das zweite Buch befaßt sich mit der Behandlung der Untersuchungsgefangenen, mit dem Haus-, Stadt- und Amtsarrest, und den weitern Mitteln, sich der Person des Inkulpaten zu versichern. Die Anleitungen, die er uns hier giebt, zeichnen sich eben so sehr durch ihre Vollständigkeit, als durch ihre Zweckmäßigkeit aus. Nur die Abnahme des eidlichen (beziehungsweise handgelübdlichen) Versprechens, nicht ohne Erlaubniß ein gewisses Gebiet zu verlassen — (das gemeinrechtliche jussus promiss. de non evadendo et se semper sistendo) halte ich für verwerflich, weil sie zu häufig die Quelle neuer Verbrechen ist. Es ereignet sich nicht selten, daß der Verpflichtete die ihm bezeichnete Grenze in der harmlosesten Absicht, z. B. um eine Feldarbeit zu verrichten, einem Bekannten das Geleite zu geben u. dgl. überschreitet, und dann wegen Meineid oder Handgelübdebruch auf die Buchstaben der Verpflichtungsformel hin in Untersuchung gezogen wird. Ueberhaupt ist der Criminaljustiz mit der Ehre derjenigen, welche in ihre Hände fallen, und mit Kautionen wenig gedient, dem Richter daher jedenfalls die größte Vorsicht im Gebrauche dieser Mittel anzuempfehlen. Reich an psychologischen Betrachtungen und Winken ist das dritte Buch, in welchem der Verf. dem Inquirenten vor Allem die Lehre einprägt, daß er den Charakter des Inquisiten studiren müsse. Die Verhaltungsregeln, die er ihm ertheilt, je nachdem er es mit einem rohen, oder gebildeten Menschen, mit einem Gutmüthigen und Offenherzigen, oder mit einem Schlauen und Verschmitzten ꝛc. zu thun hat, offenbaren wirklich einen tiefen durch mannigfaltige Erfahrung geläuterten Blick in das Innere der menschlichen Natur, und verdienen um so mehr berücksichtigt zu werden, da es oft ihrer Vernachläßigung allein zuzuschreiben ist, wenn die wichtigsten Untersuchungen erfolglos bleiben. In dem vierten Buche, welches von der Form der Protokolle, der Criminalfragen ꝛc., den stylistischen Erfordernissen, sodann von der Vervollständigung und dem Schlusse der Untersuchung, endlich von dem Erkenntniß und dem Vollzuge der Strafe handelt, sind mir einige Bemerkungen aufgestoßen, welche — wenn man sie auch nicht geradezu als unrichtig erklären will — doch zu beklagenswerthen Mißverständnissen führen können. Der Verf. sagt §. 610: „Der Inquirent kann solche Akte, wenn er keinen Aktuar dabei hatte, nachträglich blos in der Art durch ihn aufnehmen lassen, daß dessen Präsenz und Beglaubigung wegbleibt. Freilich hat das Protokoll dann auch nicht den vollen Glauben, wie einander eines. Allerdings begeht der Inquirent kein Falsum, wenn er so handelt Er hat gleichwohl damit nicht das Geringste gewonnen. Der Aktuar ist dem Richter nicht blos der Beglaubigung, sondern auch der Controle wegen (man vergl. den §. 605) beigegeben. Das auf solche Weise aufgenommene Protokoll hat also nicht blos einen geringeren, sondern — insofern es gegen den Inkulpaten beweisen soll — vielmehr gar keinen öffentlichen Glauben. Man verlangt weitere Garantien, weil man die bestehenden nicht für genügend ansieht, und sollte darum ernstlich darauf bedacht seyn,

*) Das deutsche Strafverfahren. 3te Aufl. J. 1839. §. 74.

Digitized by Google

das Wenige, was man besitzt, nicht fallen zu lassen. §. 655 bemerkt derselbe in Beziehung auf die Vertheidigungsschriften: „Oft veranlassen auch die Freunde oder Verwandten eines Verhafteten die Einreichung von Gesuchen, Entschuldigungs- und Vertheidigungsschriften bei dem Untersuchungsrichter. Solche Exhibite brauche man streng genommen nicht zu berücksichtigen, weil die Mündlichkeit ein wesentliches Erforderniß des Criminalverfahrens ist, und mithin schriftliche Erklärungen stets als Anomalien erscheinen: wenn übrigens die Schranken des Gesetzes dadurch nicht übertreten werden, und kein unziemlicher Ton in den Schriften herrscht, so kann man sie nachrichtlich, jedoch ohne Consequenz für den Gang der Untersuchungssache zu den Akten nehmen." Die Erfahrung zeigt, daß Freunde und Verwandte oft auf erlaubten, oft auf unerlaubten Wegen Kenntniß von der Lage des Gefangenen erlangten. Glauben sie nun zur Verbesserung derselben durch Vorstellungen oder Mittheilungen neuer Beweisgründe, deren Daseyn dem Richter unbekannt seyn mag, oder durch den Ausdruck ihres Tadels über aktenmäßige Vorgänge beitragen zu können, so erfüllen sie eine moralische Pflicht. Ist der Inhalt dieser Schriften berücksichtigungswerth, so wird die Maxime der Mündlichkeit es nicht rechtfertigen, wenn man die Eingabe blos ad acta legt. Ist er dagegen einer Berücksichtigung unwerth, so muß die Eingabe schon als Beleg dafür zu den Akten geheftet werden. Der Anwalt, welcher für den Inkulpaten auch vor geschlossener Untersuchung, veranlaßt durch Freunde oder Verwandte, auf geeignete Weise einschreitet, entledigt sich einer amtlichen Verpflichtung, und es wäre sehr unrecht, ihn von aller und jeder Theilnahme bis zum vollständigen Aktenschlusse auszuschließen. In keinem Falle darf der Richter, indem er seine Würde den Partheien und ihren Anwälten gegenüber behaupten will, eine Empfindlichkeit an den Tag legen, welche der Stellung, die er einnimmt, nicht entspricht. Man muß die Sprache der Freimüthigkeit vor Gericht ertragen lernen; sind ihre Töne auch hie und da herb, so haben sie doch mehr Wohllaut, als die widrigen Klänge eines submissen, den Rücksichten der Ziemlichkeit jedes andere Interesse unterordnenden Vortrags. Ich glaube, hiemit eine Wahrheit auszusprechen, deren strenge und gewissenhafte Beachtung man den Richtern und Inquirenten nicht genug empfehlen kann.

Das Handbuch ist mit einer Inhaltsübersicht und mit einem vollständigen Sachregister versehen, welch letzteres Herr Rechtspraktikant Ammann bearbeitet hat.

Möchte die beifällige Aufnahme, welche das Unternehmen im Ganzen gefunden hat, den Verfasser vermögen, den versprochenen zweiten Theil in Bälde nachfolgen zu lassen.

v. Kettenaker.

II.

Alphabetisches Repertorium der Verordnungen, Erläuterungen und Belehrungen aus sämmtlichen Kreisanzeigeblättern des Großherzogthums Baden von 1803—1839. Von **J. F. Wehrer**, Großh. Kameralrevisor in Karlsruhe. Druck und Verlag der Buchdruckerei von Malsch u. Vogel. 1839.

Der Verf. hat nicht nur alles, sondern noch mehr geleistet als der Titel seiner Schrift verspricht, indem er auch den Inhalt der Regierungsblätter berücksichtigte, insoweit das Bedürfniß der Vervollständigung eine solche Ausdehnung seines Werkes nothwendig oder wünschenswerth machte. Dieser Vorzug und die Sorgfalt und Genauigkeit, welche die vorliegende Sammlung vor allen andern dem Ref. bekannten ähnlichen Unternehmungen auszeichnet, sind geeignet, der Verlagshandlung einen reichlichen Absatz zu verschaffen.

v. Kettenaker.

III.

Allgemein verständliche Anleitung zu eigener Besorgung gerichtlicher Angelegenheiten für den Handels- und Gewerbsmann — insbesondere für jeden verständigen Bürger und Landmann — von **Achert**, Großh. Bad. Hofgerichts-Advocaten in Karlsruhe. Buchdruckerei von Malsch u. Vogel daselbst. 1838.

Das Gesetz gestattet den Partheien, sich durch Anwälte vor Gericht vertreten zu lassen, es enthält aber keine ausdrückliche Vorschrift darüber, daß der unterliegende Theil zum Ersatz des Betrages der dekretirten Deserviten an den obsiegenden Theil anzuhalten sey. Zwar verordnet der §. 189 der P.O.: „In der Regel ist der Besiegte schuldig, dem Sieger alle verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen", allein die meisten richteramtlichen Behörden sehen diese Kosten zumal in nicht kontradictorischen Sachen, oder wo es sich um eine einfache oder geringfügige Angelegenheit handelt, nicht für nothwendig an, daher kömmt es, daß in den gedachten Fällen der Nichtersatz die Regel bildet, und daß der obsiegende Theil seinem Advocaten oft mehr bezahlen muß, als er von seinem in der Hauptsache sachfälligen Gegner erhält. Diese Iniquität will der Verfasser durch eine Anleitung, welche den Partheien die Hülfe eines Advocaten entbehrlich machen soll, abwenden. „Mein Buch" (sagt derselbe) „soll ein wahres Rath- und Hülfsbuch für alle Jene werden, welche nicht Rechtsgelehrte sind, und ihre Angelegenheit" (in Erwägung der oben berührten Nachtheile) „nicht selbst besorgen wollen."

Digitized by Google

Ich halte jedes richterliche Ermessen über die Nothwendigkeit einer solchen Vertretung, beziehungsweise die Ersatzpflichtigkeit der dadurch verursachten Kosten, wenigstens in den Fällen, wo schriftliche Verhandlungen statt finden, für gesetzwidrig, weil es dem Richter nicht wohl zustehen kann, die den Partheien durch den §. 26 der P.O. zugedachte unbedingte Freiheit, ihre Vorträge selbst zu verfassen, oder durch einen bevollmächtigten Anwalt verfassen und überreichen zu lassen, auf indirektem Wege, nämlich dadurch zu entziehen oder zu verkümmern, daß man bei der Festsetzung des Kostenpunkts auf die Deserviten der Anwälte nur unter gewissen, mitunter höchst willkürlichen Voraussetzungen Rücksicht nimmt. Indessen hat auch die entgegengesetzte Ansicht ihre guten Gründe. Jedenfalls dürfte das Unternehmen des Verfassers, abgesehen von dem Uebelstande, den er als Veranlassung desselben berührte, für verdienstlich angesehen werden. Die Dringlichkeit der Sache, der durch die Beiziehung eines Anwaltes vermehrte Kostenaufwand, und die Möglichkeit des gänzlichen oder theilweisen Unterliegens, machen die eigene Vertretung stets wünschenswerth, wenn sie ohne Gefahr für denjenigen ist, der sie übernimmt. Dafür, daß die Parthei dabei nichts wage, will der Verfasser sorgen, indem er ihn belehrt, wie er sich nach den bestehenden Gesetzen zu benehmen habe, um sein Ziel sicher zu erreichen.

Er ertheilt diesen Unterricht in zwei Abschnitten, wovon der eine von der gerichtlichen Betreibung unbestrittener, der andere von der gleichen Betreibung bestrittener Forderungen handelt.

Das Werk entspricht der wohlmeinenden Absicht des Verfassers und die Sprache ist klar und für Jedermann verständlich. Für die gewöhnlichen Fälle sind Formularien beigefügt, deren Inhalt, da wo es erforderlich erscheint, noch besonders erläutert wird. Nur hinsichtlich der äußern Form und der Ordnung, welche der Verf. bei der Eintheilung seines Stoffes beobachtete, wünschte ich einige Abänderungen. Ich würde in der Einleitung nicht blos den obersten Grundsatz unseres Prozeßrechtes erklärt, sondern den Leser auch in die weiteren Grundmaximen desselben, so wie in die verschiedenen Prozeßarten und Rechtsmittel, welche das Gesetz darbietet, eingeweiht, sodann die Formularien von dem Texte, welcher die Anleitung enthält, getrennt, und das Werk mit einem alphabetischen Sachregister versehen haben, welches für jedes Studium des Prozesses die geeignete Nachweisung auf die Paragraphen der Schrift und die beigefügten Formularien enthält. — Die Schrift würde dadurch nicht umfangreicher geworden seyn, da das, was in der Einleitung gesagt ist, später in den Abschnitten der Prozeßlehre keiner weitern Wiederholung bedarf.

Die von dem Verf. angeführten Beispiele könnten hie und da schlagender seyn. Auch hätte derselbe darauf bedacht seyn sollen, die Klag- und Einredefakten zwar kurz, aber richtig und vollständig anzuführen, wo er sich auf aktenmäßige Fälle beruft. Ich verweise auf den §. 273 u. 290 angeführten Fall der Entwendung einer Schuldurkunde. — „Wenn aber, wie es jüngsthin in einem bei hiesigem Stadtamt vorgekommenen sehr wichtigen Prozesse" (wo der Prozeß vorlam, wird den Lesern der Schrift gleichgültig seyn) „der Fall war, der Kläger behauptet hätte, er habe zwar den vorgelegten Schuldschein wirklich geschrieben und unterschrieben, der Kläger aber habe ihm solchen gestohlen ꝛc. (Wahrscheinlich ist das erste: Kläger — ein Druckfehler, und sollte heißen: Beklagter —) „so könnte dem Besitzer des Schuldscheines allerdings der Eid darüber zugeschoben werden ꝛc." Wie erfahren sofort in der Note, daß der Kläger den Eid nicht geschworen, sondern vergleichsweise 200 fl. statt der Summe von 1700 fl., die er forderte, angenommen hat. Nunmehr wird derselbe Fall zur Aufklärung des Beweises durch Vermuthungen benützt, und die Behauptung unterstellt: 1) „daß dem Beklagten schon seit vielen Jahren der gesetzliche Besoldungstheil mit Beschlag belegt sey; 2) daß derselbe schon vor Ausstellung dieser Urkunde mit seinen Gläubigern einen Nachlaßvergleich abgeschlossen habe; 3) daß er offenkundig überhaupt in so schlechten Umständen stehe, daß ihm Niemand von seinen Bekannten 16 fl., geschweige denn 1695 fl. leihen würde, also mit gutem Grunde vermuthet werden müsse, daß der Kläger ihm nicht 17 fl., viel weniger fast 1700 fl. geliehen haben würde."

Ich muß gestehen, daß das thatsächliche Verhältniß, wie es hier dargestellt ist, mich nicht zu jener Vermuthung führe. Die Vermuthung mag vielleicht durch das Angeführte hinreichend begründet seyn, die Unvollständigkeit des Vortrages und der eingeschlichenen sachenstellenden Druckfehler machen es mir gleichwohl unmöglich, ein Urtheil darüber zu fällen. Wenn der Kläger wirklich die Summe von 1700 fl. aus einem Darleihen eingeklagt, der Beklagte sofort die Existenz der eingeklagten Schuldigkeit widersprochen, und in Betreff der produzirten und anerkannten Privaturkunde vorgeschützt hat, daß sie ihm gestohlen worden, — warum läßt uns der Verfasser diesen Sachverhalt nur aus Bruchstücken der Vernehmlassung des Beklagten errathen??

Ueberhaupt hätte der Verf. die Lehre, die er im 7ten Kapitel des 2ten Abschnittes vorträgt, so wie manche andere des Prozeßrechtes, durch eine Auswahl angemessener Fälle beleuchten können.

Ich bin weit entfernt die Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit der Achert'schen Anleitung im Ganzen oder in einzelnen Theilen durch diese Bemerkungen in Zweifel zu stellen. Dessen aber bin ich gewiß, daß die Berücksichtigung derselben den Werth seiner Schrift erhöhen würde,

Digitized by Google

Darum und in Gemäßheit der eigenen Aufforderung des Verf., ihn auch auf mindre wesentliche Gebrechen aufmerksam zu machen, sahe ich mich veranlaßt, sie zu offenbaren.

Sein Unternehmen dagegen muß ich nicht nur deßhalb loben, weil ich es im Allgemeinen für ein gelungenes ansehe, sondern weil es einem Anwalte, der von Prozessen lebt, zuvorsichtlich zum besondern Verdienste gereicht, wenn er sich dem Versuche hingibt, sich den Partheien entbehrlich zu machen, indem er sie unterrichtet, wie sie in ihren Rechtsangelegenheiten sich selbst helfen und die Kosten der Vertretung durch Anwälte ersparen können.

v. Kettenaker.

IV.

Handbuch des badiischen Forst- und Jagdrechtes zum Gebrauche bei den Vorlesungen an der Forstschule zu Karlsruhe und zum Selbstunterricht für praktische Forstmänner, so wie für Verwaltungsbeamte und Waldbesitzer — von Oberforstrath Baier. Karlsruhe, 1838. Druck u. Verlag von Ch. Th. Groos.

Der Verf. bedurfte eines Leitfadens für seine Vorlesungen. Er wollte sich einen solchen verschaffen, der zugleich zum Gebrauche für den praktischen Dienst dienlich wäre, und stellte zu diesem Ende jene Grundsätze aus den inländischen Staats-, Privat und Strafrechte, welche auf das Forst- und Jagdwesen Bezug haben, in systematischer Ordnung dar. Daneben weist er auf die polizeilichen Bestimmungen hin, welche bei den hierher einschlagenden Gerechtsamen zu beobachten sind.

Er hat das, was er verspricht, geleistet, und verdient darum die Theilnahme derjenigen, welchen dieses Werk gewidmet ist.

v. Kettenaker.

V.

Thilo, Wilhelm (Hofgerichtsrath in Rastatt). Das französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht, erläutert aus Urtheilen der französischen Gerichtshöfe, Gesetzen und andern Quellen. Für das Großherzogthum Baden. Karlsruhe, im Verlage der Chr. Fr. Müller'schen Hofbuchhandlung. 1838.

Es ist dies eine Art code civil annoté, wie jener von Sirey, oder wie der code civil im manuel de droit français par J. B. J. Paillet. Jedoch ist (zur Abkürzung) der Text des Gesetzes nicht mit abgedruckt, sondern es sind nur am Rande nach Ordnung der Artikel (Landrechtssätze) deren Ziffern aufgeführt, und bei jeder derselben die dazu gehörigen Anmerkungen zusammengestellt.

Dieses Werk hat vor andern, gleichartigen, französischen Werken für uns den wichtigen Vorzug, daß darin mancherlei, was in Baden keine Anwendung findet, weggelassen, dafür aber das Eigenthümliche der Badischen Gesetzgebung mit aufgenommen ist. Auch sind nicht nur in Fragen, welche eigenthümliche Bestimmungen des Badischen Rechts betreffen, sondern auch in jenen, welche allein auf dem Grundtexte des französischen Gesetzes beruhen, zugleich die (im Archiv, in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern und in den Annalen bekannt gewordenen) Entscheidungen der badischen Gerichte und die Ansichten badischer Schriftsteller aufgeführt.

Beinahe jedem Artikel ist auf solche Weise eine kleinere oder größere (mitunter sehr bedeutende) Zahl von Anmerkungen beigefügt. Dieselben enthalten in kurzen Sätzen die Entscheidungen von Rechtsfragen ohne Anführung der Gründe, aber überall mit Verweisung auf die Quelle, wo die Gründe nachgelesen werden können.

Was sich auf die eigenthümlichen Bestimmungen des badischen Rechts bezieht, ist mit besonderer Schrift gedruckt, wodurch es sogleich in die Augen fällt.

Es läßt sich nicht verkennen, daß die ganze Arbeit sehr verdienstlich ist, indem sie es dem Praktiker wesentlich erleichtert, sich über die verschiedensten Rechtsfragen in unserem Civilrechte schnell zu orientiren.

D. Red.

VI.

Dr. Munke, Anmerkungen zu Zachariä's französischem Civilrecht (vierte Ausgabe) als Nachtrag zu Trefurts badischem Civilrecht.

Das von Trefurt im J. 1824 herausgegebene System des badischen Civilrechts besteht bekanntlich in Zusätzen zur zweiten Auflage von Zachariä's Handbuch des französischen Civilrechts, indem alles, worin das badische Civilrecht von dem französischen abweicht, überhaupt alles, was das erstere Eigenthümliches hat, bei den einschlagenden Stellen jenes Handbuchs mit Anführung der Quellen zusammengestellt, und (zumal hinsichtlich einiger Materien) gründlich erörtert ist.

Seitdem sind nun aber von Zachariä's Handbuch die 3te und die 4te Ausgabe erschienen, durch welche die zweite, auf die sich Trefurts System bezieht, wesentlich verbessert und vermehrt ist.

Darum und weil sich seit 1824 unsere Civilgesetzgebung in Einigem geändert, auch die Literatur unseres Civilrechts sich einigermaßen vermehrt hat, war eine neue, nach all diesen Beziehungen vervollständigte Ausgabe des Trefurtischen Werkes schon lange her Bedürfniß.

Statt einer solchen neuen Ausgabe und zur Erreichung des nämlichen Zweckes sind nun von Dr. Munke (wie in

Digitized by Google

der Vorrede gesagt ist, auf Aufforderung Zachariä's und Treſurts) die oben angeführten Anmerkungen erschienen.

Diese Anmerkungen halten sich an die vierte Ausgabe von Zachariä's Handbuch. Es ist dabei überall zugleich der einschlägige Paragraph des Treſuri'schen Werkes citirt und alles das beigefügt, was etwa neuere Gesetze bestimmen oder in unserer Literatur, oder in Entscheidungen unserer Gerichte darüber vorkommt. Dabei sind sehr viele Rechtsfragen mit kurzer Begründung beantwortet, oder es ist dahin verwiesen, wo ihre Erörterung zu finden ist. Dies bezieht sich nicht blos auf Fragen, die unserem Partikularrechte eigenthümlich sind, sondern auch auf solche, die lediglich auf französischem Rechte beruhen, insofern übee diese letztern unsere badische Literatur Erörterungen enthält, oder darüber Entscheidungen unserer Geeichte dem Publikum vorliegen.

Dr. Munke's Anmerkungen sind jedenfalls eine gute Arbeit, und sie erleichtern es dem Praktiker insbesondere, sich hinsichtlich der unserm Lande eigenthümlichen Bestimmungen des Civilrechts sowohl in den Quellen, als in dem, was darüber geschrieben ist, umzusehen.

D. Red.

VII.

Der Commentar von Boileux über das französische Civilgesetzbuch.

Die Ueberzeugung, daß die richtige Anwendung unseres badischen Landeechtes in den bei weitem meisten Fällen, und so weit es nicht von seiner Quelle, dem Code civil français absichtlich abweicht, duech eine genaue Kenntniß des französischen Civilrechtes bedingt ist, hat in neuerer Zeit immer tiefeee Wurzel geschlagen. Es ist anerkannt, daß die französische Jurisprudence, welche die mitunter mageren Grundlagen des Code civil in einem Zeiteaume von fast vier Decennien auf eine bewunderungswürdige, und oft an die besten Zeiten der cömischen Juriśprudenz erinneende Weise entwickelt hat, für unsere vaterländische Praxis von der höchsten Bedeutung und von dem größten instructiven Intereſſe ist, und so sind nach und nach in unserem Lande mehrere Werke und Zeitschriften entstanden, welche sich zur Aufgabe gesetzt haben, die Kenntniß der Pearis der französischen Gerichtshöfe zu verbeeiten, und die Fortschritte der französischen Rechtswissenschaft für die Rechtspflege in Baden fruchtbringend zu machen. Hieher gehören z. B. und verdienen außer dem bekannten Handbuche von Zachaeiä eine cühmliche Erwähnung: Lauckhards Rechtsfälle, mit Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichtshöfe, Thilo's Bearbeitung des Code civil et de commerce annotés etc. von Sirey und Villeneuve, Baurittels Handbuch des badischen bürgerlichen Rechts, und in neueſter Zeit auch das Beiblatt zu den Annalen der Großh. Badischen Gerichte. — Wer Gelegenheit hatte, von den Rechtsausführungen unserer besseren Advocaten Einsicht zu nehmen, wird mit Befriedigung bemerkt haben, daß auch das Studium und die Benützung der Originalwerke der französischen classischen Juristen, wie Delvincourt, Toullier, Duranton, Troplong ꝛc. sich in immer weiteren Kreisen verbreitet, obgleich dem häufigeren Gebrauche dieser Werke in Deutschland nicht ganz geringe Schwierigkeiten entgegenstehen. Eine Schwierigkeit liegt schon in der Kostspieligkeit dieser Werke, welche es dem unbemittelten Practiker, besonders den gering besoldeten Gerichtsbeamten oft bei dem besten Willen unmöglich macht, sich in den Besitz einer auch nur einigermaßen vollständigen Bibliothek zu setzen. Ein anderes und vielleicht ein größeres Hinderniß einer allgemeineren Verbreitung dee französischen juristischen Literatur in jenen deutschen Ländern, welche französisches Recht mit mehr oder weniger Modificationen gebrauchen, liegt in dem Character der meisten französischen Werke, namentlich der größeeen Commentarien selbst. In Frankreich nämlich ist die Einrichtung des juristischen Cursus, die Vorbildung, welche der künftige Practiker erhält, ganz eine andere, wie in Deutschland. Doet gehen nicht, wie bei uns, dem Studium des Landrechts (sey es nun deutsches oder französisches Recht) die Eneſe über Naturrecht, Institutionen des römischen Rechtes und Pandecten voraus, sondern der Unterricht selbst beginnt unmittelbar mit dem Code civil, und Naturrecht und römisches Recht — wenn sie überhaupt gehört werden — nehmen eine viel zu untergeordnete Stellung ein, als daß von ihrem Studium, so, wie es bisher meistentheils in Frankreich betrieben worden, ein wesentlicher Gewinn oder eine Erleichterung für das Studium des französischen Civilrechtes selbst gewonnen werden könnte. Der Mangel einer tüchtigen rechtsphilosophischen und rechtshistorischen Vorbildung und die Nachtheile, welche hieraus für das Studium des practischen Civilrechtes entstehen, werden gegenwärtig in Frankreich selbst mehefach empfunden, und sind erst ganz kürzlich von einem sehe geistreichen und — was in Frankreich noch immer zu den größten Seltenheiten gehört — gründlich rechtshistorisch gebildeten Schriftsteller, Mr. Edouard Laboulaye *), mit großer Schärfe und Freimüthigkeit getadelt woeden; auch steht zu erwarten, daß von Seite der Regierung in Frankreich selbst demnächst Schritte geschehen werden, um eine Reform des juristischen Unteerichts zu bewirken. Gegenwärtig aber äußert dee oben gerügte Mangel einen eigenthümlichen Einfluß auf die übrigens fast durchgängig durch Eleganz und Klarheit sehr ausgezeichnete Darstellungsweise der französischen juristischen

*) De l'enseignement du droit en France, et des reformes, dont il a besoin par Edouard Laboulaye Paris 1839.

Digitized by Google

Schriftſteller dadurch, daß dieſelben gleichſam genöthigt ſind, jede Materie ab ovo, d. h. vom naturrechtlichen Standpuncte ausgehend zu erörtern, und ſich, um einem weniger vorbereiteten Publikum klar und verſtändlich zu bleiben, in bändereichen Werken in oratoriſche Auseinanderſetzungen zu verlieren, welche den romaniſtiſch gebildeten und an dogmatiſirende Präciſion gewöhnten deutſchen Juriſten nicht leicht anſprechen, indem es dieſem vielmehr darum zu thun iſt, kurz und bündig au fait geſetzt zu ſeyn, und die Anſichten der franzöſiſchen Juriſten wie in einem Brennpunkte vereinigt zu erfaſſen — ein Verlangen, das um ſo billiger iſt, als häufig für uns eine einfache Verweiſung auf eine Analogie des germaniſchen oder des römiſchen Rechtes hinreichen kann, das Weſen eines Rechtsverhältniſſes zu veedeutlichen. Selbſt in Frankreich iſt das Bedürfniß einer kurzen, bündigen, aber doch vollſtändigen überſichtlichen Darſtellung der Meinungen der verſchiedenen Auslegungen und der Jurisprudence empfunden worden, und dieſem Bedürfniſſe verdankt ein Werk ſeine Entſtehung, welches beſonders die Aufmerkſamkeit der Practiker in Deutſchland auf ſich zu ziehen geeignet iſt, nämlich der Commentaire sur le Code civil par J. M. Boileux, advocat à la cour royale de Paris, in drei ſtarken und enggedruckten Octavbänden (Paris bei Joubert, netto 20 Fr. oder 9 fl. 20 kr.) ein Werk, welches in kurzen Zwiſchenräumen bereits die vierte Auflage erlebte, und beſonders durch die Sorgfalt, welche Mr. Poncelet, Profeſſor an der Rechtsſchule zu Paris, der neueſten von ihm auch mit einem Abriſſe der Geſchichte des franzöſiſchen Rechtes bereicherten Ausgabe widmete, an Werth und Brauchbarkeit gewonnen hat. Dieſer Commentar befolgt in ſeiner Darſtellung die geſetzliche Reihenfolge der Artikel, eine Methode, welche nicht nur bei den franzöſiſchen Juriſten der practiſchen Brauchbarkeit wegen, durchaus die vorherrſchende iſt; ſondern zu deren Vertheidigung auch von Me. Demante, gleichfalls Profeſſor zu Paris, in der Vorrede zu ſeinem vortrefflichen Programme du cours de droit civil française (3 Edit. Paris 1840) — dem beſten Compendium, welches gegenwärtig die franzöſiſche Literatur aufzuweiſen hat, mit Recht angeführt woeden iſt, daß die Ordnung und die Verbindung der Artikel oft ein ſehr treffendes Anzeichen für die Idee des Geſetzgebers ſind, und daß das Verſetzen der geſetzlichen Beſtimmungen, um ſie in ein gewiſſes Syſtem zu bringen, welches vielleicht mehr methodiſch ſeyn kann, jedoch nothwendig willkürlich iſt, die Gefahr mit ſich bringt, ſie in einem falſchen Lichte darzuſtellen, während auf der anderen Seite die Exegeſe der einzelnen Artikel weder die Verbindung mit philoſophiſchem Raiſonnement, noch mit hiſtoriſchen Unterſuchungen ausſchließt. Der Commentar von Boileux iſt mit beſonderer Rückſicht auf das große Werk von Duranton ausgearbeitet, jedoch in der Form der Darſtellung weſentlich von Letzterem verſchieden. Der Inhalt des Commentars von Boileux zerfällt nämlich (außer dem Abdrucke des geſetzlichen Textes) in drei verſchiedene Maſſen. Erſtlich wird vor jedem Buche, Titel und Kapitel eine dogmatiſche Ueberſicht des Inhalts in der Form von Inſtitutionen gegeben: ſodann findet ſich bei jedem Artikel eine ſpezielle Erläuterung ſeines Sinnes und Inhaltes, eine Paraphraſe, theils mit Beiſpielen, theils hiſtoriſchen Verweiſungen verwebt: endlich — und dieß iſt dee weſentlichſte und wichtigſte Beſtandtheil, folgen die Streitfragen, welche über die einzelnen Artikel und über die Ausfüllung der Lücken des Code entſtanden ſind, mit Angabe der verſchiedenen Meinungen der Rechtsgeleheten und der in der Entſcheidung der Gerichte bis auf die neueſte Zeit niedergelegten Anſichten, und zwae nicht — wie z. B. in Zachariä's, im Uebrigen, und namentlich hinſichtlich der Methode gewiß als trefflich anzuerkennenden Handbuche — eine bloße Verweiſung auf die Literatur und Urtheilsſammlungen, wodurch das Buch nur für denjenigen eigentlich genießbar wird, der ſich im Beſitze einer umfaſſenden Bibliothek befindet, — ſondern die Entſcheidungsgründe für alle ſich bekämpfenden Anſichten — pro et contra — ſind bei Boileux in möglichſter, jedoch für den juriſtiſch gebildeten Leſee genügender Kürze mit lobenswerther Präciſion niedergelegt. Das Werk iſt dahee in gewiſſer Beziehung für die moderne franzöſiſche Jurisprudenz das, was das Jus controversum des Cocceji für die romaniſtiſche Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts war: jedoch mit dem Unterſchiede, daß Boileux — was wir ſehr loben müſſen — ſich darauf beſchränkt, die verſchiedenen Meinungen einander gegenübee zu ſtellen, ohne der Einen vor der Anderen einen Vorzug zu geben, ſo daß der Leſer ſtets auf ſein eigenes Urtheil verwieſen iſt, und ihm nicht zugemuthet wird, eine oder die andere Anſicht abſolut für die richtige zu halten. Wegen dieſer Einrichtung kann dieſes Werk auch als eine Art clavis advocatorum bezeichnet werden, und vertritt gewiſſermaßen die Stelle einer Bibliothek oder doch eines Repertoriums übee die franzöſiſche Literatur und Jurisprudence. Es wird nicht leicht eine Streitfrage vorkommen, welche hier nicht berühet, und worüber nicht wenigſtens eine Nachweiſung gegeben wäre, welche die weitere Unterſuchung erleichtert. Die Befriedigung, welche alle Peactiker ausgeſprochen haben, welche ich Gelegenheit hatte, mit dieſem Werke bekannt zu machen, hat mich zur Anzeige deſſelben in dieſen Blättern veranlaßt.

Zöpfl.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 7. Karlsruhe den 13. Februar 1841.

I.

Einige Bemerkungen über den Beschuldigungsprozeß.

Der Anklageprozeß, die älteste Form des Strafverfahrens, die in der Peinlichen Gerichtsordnung noch als bestehend angeführt wird, ging im Laufe der Zeiten in den Untersuchungsprozeß über. Die Verwandlung wurde dadurch vermittelt, daß man dem Untersuchungsrichter zugleich das Amt eines öffentlichen Anklägers übertrug. Nebenbei wurde jedoch auch das Anklageverfahren in der Theorie wie in der Praxis *) fortwährend als zulässig erkannt.

Auch unser Strafedict (§. 6) erklärt die Form des Untersuchungsprozesses für die regelmäßige, und bestimmt, daß ein Anklageprozeß nirgend mehr Statt finden solle. Darunter versteht es jedoch nur den durch einen öffentlichen Ankläger veranlaßten Strafprozeß, denn es verfügt weiter, als eine Folge der vorigen Bestimmung, daß „das Amt eines öffentlichen Anklägers oder Fiscals künftig aller Orten ganz wegfallen" solle. Dagegen wird ausnahmsweise ein Beschuldigungsprozeß (processus denunciationis) auf Antrag einer Privatperson für zulässig erklärt (§. 8).

Obgleich mit einem andern Namen belegt, ist diese Prozeßart doch nichts anderes, als das gemeinrechtliche Anklageverfahren mit einigen Modificationen. Die gesetzlichen Bestimmungen darüber sind jedoch sehr unvollständig, es ist daher Aufgabe der Wissenschaft, die Natur des Institutes zu ermitteln und seine Eigenthümlichkeiten auf das rechte Maaß zurückzuführen. Als leitende Regel der Auslegung muß hierbei angenommen werden, daß jene Prozeßart eine singuläre ist, deren Abweichungen von dem Untersuchungsprozesse und dem gemeinrechtlichen Anklageverfahren streng auszulegen sind. Das Strafedict (§. 7) erklärt sie ausdrücklich für eine Ausnahme von der Regel des Inquisitionsprozesses, sie ist aber auch ihrem Wesen nach eine grelle Anomalie. Ja ein wahres monstrum in jure scheint sie zu seyn, wenn man die wenigen Worte, die das Strafedikt darüber enthält, isolirt, ohne Ergänzung aus dem gemeinen Rechte, betrachtet. Ein Privatmann „soll aus leidenschaftlichem Interesse" alle Schrecken eines peinlichen Prozesses über Jemanden verhängen lassen dürfen, ehe der Thatbestand eines Verbrechens hergestellt, und ehe ein erheblicher Verdachtsgrund gegen den Beschuldigten erwiesen ist! und zwar ohne daß irgend eine Garantie gegen Mißbrauch, irgend eine Sicherheit für Herstellung des durch eine falsche Beschuldigung gestifteten Schadens von ihm gefordert würde, ohne daß ihm aus dem endlichen Unterliegen eine andere Gefahr drohte, als die, einige Gulden Untersuchungskosten bezahlen und sich einer Injurienklage ausgesetzt sehen zu müssen. Konnte das Gesetz der persönlichen Sicherheit eine größere Gefahr bereiten, als indem es der Leidenschaft, der Verfolgungssucht eine so verderbliche Waffe darbot? konnte es den Richter tiefer erniedrigen, als indem es sie nöthigte, sich als willenlose Werkzeuge der Laune oder Bosheit gebrauchen zu lassen?! — Um so näher liegt die Besorgniß des Mißbrauchs, um so dringender wird folglich die Begründung und Anerkennung schützender Garantieen, da es dem Beamten zur strengsten Pflicht gemacht ist, von Amtswegen alle Spuren eines Verbrechens zu verfolgen, und da es bekannt ist, mit welchem Eifer sie diesem Gebote nachkommen, so daß nicht leicht eine Untersuchung unterlassen wird, wo irgend Grund zu solcher vorhanden ist.

Ein Institut, das nicht nur den allgemeinen Grundsätzen des Strafprozesses, sondern auch andern wichtigen Rücksichten so sehr widerstreitet, und das überdieß so leicht entbehrt werden könnte, hat gewiß auf Begünstigung keinen Anspruch, vielmehr wird sich der Ausleger zur Anwendung verdoppelter Strenge veranlaßt sehen müssen.

Glücklicherweise ist die Anwendung dieses Prozesses nicht sehr häufig, hauptsächlich wohl darum, weil nur selten ein Anzeiger durch Verweigerung einer officiösen Untersuchung zur Erhebung förmlicher Beschuldigung genöthigt wird, und weil das Denunciantenamt zu gehässig und ver-

*) S. ein Beispiel in Hitzig's Annalen der deutschen Criminalrechtspflege, Heft 14. 15.

achtet ist, als daß es Viele übernehmen möchten. Darin mag aber auch der Grund liegen, daß man in der Praxis die abweichendsten Ansichten über sehr wichtige Fragen aus dieser Lehre findet. Hoffentlich wird das ganze Institut die bevorstehende Reform unseres Strafprozesses nicht überleben; so lange es aber besteht, ist es bedeutend genug, um den Versuch einer wissenschaftlichen Erörterung einiger Hauptpunkte zu rechtfertigen.

1.

Als nächste und wichtigste Frage stellt sich die dar: unter welchen Voraussetzungen darf und muß auf eine Denunciation hin eine peinliche Untersuchung eröffnet werden?

Enthielte unser Strafedict keine Bestimmung darüber, so würde sich die Frage ganz einfach durch folgende Betrachtung beantworten lassen. Im Untersuchungsprozesse ist der Ankläger und der Inquirent in einer Person vereinigt, im Beschuldigungsprozesse ist diese Combination aufgelöst, die Rollen sind an zwei verschiedene Personen vertheilt. Allein diese Trennung der Prozeßsubjekte ist im Allgemeinen ohne Einfluß auf die innern Gesetze des Verfahrens. (Nur insofern tritt eine Verschiedenheit ein, als beim Beschuldigungsprozesse der Beschuldiger eine Art Generaluntersuchung führen muß, um den zur Begründung seines Antrags auf Specialuntersuchung erforderlichen Stoff zu sammeln, und daß erst dann, wenn dieser Antrag gestellt und begründet ist, die Thätigkeit des Inquirenten beginnt.) Dieselben Voraussetzungen nun, welche im Untersuchungsprozesse der Inquirent — in seiner Eigenschaft als Ankläger — sich selbst vorlegen muß, um die Specialuntersuchung gegen ein Subject eröffnen zu können, die nämlichen muß der Privatankläger ihm nachweisen, wenn er einen Antrag auf Specialuntersuchung stellen will. So sprechen denn auch die Lehrer des gemeinen deutschen Strafprozesses *) übereinstimmend den Grundsatz aus: daß die Statthaftigkeit des Anklageverfahrens auf denselben Voraussetzungen beruhe, durch welche die Specialuntersuchung bedingt sey.

Außer den allgemeinen Bedingungen einer Specialuntersuchung stellt aber das gemeine Recht noch besondere Beschränkungen hinsichtlich des Anklageverfahrens auf. Zunächst Ausschließung gewisser Klassen von Personen (z. B. Weiber, Kinder, Eltern u. s. w.) von der Anklagerolle, sodann aber das Gebot an den Ankläger, Sicherheit wegen Fortsetzung des Prozesses (gegen chicanöse Verzögerung oder Einstellung) und — für den Fall des Unterliegens — zur Deckung der Kosten und des Ersatzes für die dem Beschuldigten zugefügte Beschädigung und Ehrenkränkung zu leisten, oder, wenn er dies nicht vermag, sich so lange gefänglicher Haft zu unterziehen, bis er den Beweis seiner Anklage geliefert hat. Peinl. Ger.O. Art. 11—15. 181.

Es ist nun zu untersuchen, inwiefern alle diese Voraussetzungen auch bei uns gefordert werden können und müssen. Die Worte des Strafedikts sind:

„Der Beschuldigungsprozeß findet alsdann statt, wann jemand aus einem eigenen leidenschaftlichen Interesse gegen eine Person eine Untersuchung verlangt, ohne daß noch der Thatbestand des Verbrechens (corpus delicti) hergestellt und gegen den Beschuldigten ein dem Richter zureichender Verdacht für eine Untersuchung erwiesen wäre, ohne daß also der Richter für sich veranlaßt und berechtigt wäre, mit der Untersuchung vorzugehen."

1) Die subjectiven Beschränkungen hinsichtlich der Zulassung zur peinlichen Anklage, welche das gemeine Recht statuirt, sind hier nicht wiederholt, aber eben so wenig ausdrücklich abgeschafft. Jedenfalls werden mehrere davon aus allgemeinen Gründen als fortbestehend anerkannt werden müssen. So wird der Minderjährige auszuschließen seyn, weil ihm überhaupt die Fähigkeit, selbstständig vor Gericht aufzutreten, fehlt; so das Kind, welches gegen Vater oder Mutter eine Beschuldigung erheben wollte, deßwegen, weil es kein Zeugniß gegen diese ablegen darf; so der wegen Meineids Bestrafte, weil er absolut Zeugnißunfähig ist; die Gründe der absoluten oder relativen Unfähigkeit zum Zeugnisse werden nämlich wohl auch analogisch auf die Unfähigkeit zur Anklage anzuwenden seyn.

2) Das Erforderniß der Sicherheitsleistung ist von dem Strafedikte weder sanctionirt, noch aufgehoben. Dagegen enthalten die Erläuterungen in §. 13 die Bestimmung, daß ein Beschuldigter niemals zum Kostenvorschusse für die Erledigung dieses Prozesses, blos aus dieser Eigenschaft, ohne andern Rechtsgrund, angehalten werden könne. (Für einen solchen besondern Rechtsgrund wird namentlich die Eigenschaft eines Beschuldigten als Ausländer anzusehen seyn; eine Garantie, welche dem Inländer gegen civilrechtliche Anforderungen eines Ausländers gewährt ist, muß ihm um so mehr gegen criminelle Verfolgungen eines solchen zugestanden werden.) Daraus aber, daß gerade diese besondere Art der Cautionsleistung aufgehoben worden ist, folgt, daß die übrigen Arten nicht durch das bloße Stillschweigen des Strafedikts aufgehoben werden sollten, indem sich sonst der Gesetzgeber hinsichtlich jener speciellen Art nur darauf hätte beziehen dürfen, daß keinerlei Caution vorgeschrieben sey, ohne daß er jene hätte ausdrücklich untersagen müssen. Es kann also nur die Caution wegen der Untersuchungskosten in der Regel nicht

*) Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts, §. 648. Bauer Strafprozeß §. 242. Henke Handbuch des Crim.R. Band IV, S. 848. Mittermaier Strafverfahren, Band II. §. 211.

Digitized by Google

verlangt werden *), wogegen die übrigen gemeinrechtlichen Arten der Sicherheitsleistung in allen Fällen auf Verlangen des Beschuldigten oder von Amtswegen dem Beschuldigten aufgelegt werden müssen. Besteht aber die Nothwendigkeit der Cautionsleistung noch fort, so müssen auch die Vorschriften der P.G.O für den Fall, wo der Ankläger keine Caution aufzubringen vermag, stetshin noch vollzogen werden, denn sie sind eben so wenig aufgehoben, und man muß auf ihrer Handhabung um so mehr bestehen, da sie ein höchst wichtiges Schutzmittel gegen frivole Anklagen enthalten, und es unserer Zeit besser ziemen würde, neue Garantieen zu den durch ein Gesetzbuch aus dem 16ten Jahrhunderte eingeführten beizufügen, als diese anzufechten und zu verkümmern.

3) Eigenthümlich ist das Strafedikt darin, daß es ein leidenschaftliches Interesse auf Seite des Anklägers verlangt: und gerade diese Bestimmung ist es, welche hauptsächlich die ungünstigsten Urtheile über das ganze Institut zu motiviren pflegt. Allein man würde das Gesetz sehr mißverstehen, wenn man die Worte „leidenschaftliches Interesse" für gleichbedeutend mit „leidenschaftlichem Antrieb, Motiv" halten, wenn man glauben wollte, der Gesetzgeber habe zur Verfolgung des erhabenen Zwecks der Strafrechtspflege alle, selbst die unedelsten Leidenschaften aufrufen und sich ihrer Hülfe bedienen wollen. Eine so große Unvernunft dem Gesetzgeber zu unterstellen, wäre Frevel. Gewiß verstand er unter „leidenschaftlichem Interesse" etwas anderes, als „Leidenschaft", jenen Zustand geistiger Unfreiheit, in welchem alle höheren Geisteskräfte einem übermächtig gewordenen Triebe dienstbar sind, einem Zustand, welcher in höherer Abstufung sogar die Zurechnung aufhebt. Vielmehr wird das Hauptgewicht auf das Wort „Interesse" zu legen, und unter dem „leidenschaftlichen Interesse" ein besonders starkes Interesse zu verstehen seyn, ein Interesse, welches vernünftige Gründe genug enthält, um den Beschuldiger zur Uebernahme eines so beschwerlichen und gehässigen Geschäfts zu bewegen. Das Interesse muß aber nicht nur eine moralische, sondern auch eine rechtliche Grundlage haben, es muß ein „eigenes", d. h. eigenthümliches, persönliches, privatrechtliches seyn. Denn das Wort Interesse ist überall, wo es die Gesetze gebrauchen, nur von einem rechtlichen Interesse **) zu verstehen, und so spricht denn auch der §. 22 des Strafedikts ausdrücklich von dem „rechtmäßigen Privatinteresse" des Beschuldigees, offenbar in demselben Sinne, in welchem es in § 8 ein „eigenes leidenschaftliches Interesse" desselben erwähnt. Also ein privatrechtliches, und zugleich — wie sich nach allgemeinen Gründen von selbst versteht — vernünftiges und nicht sittenwidriges Interesse muß der Beschuldiger an der Verfolgung des angezeigten Verbrechens haben und nachweisen, um zur Anklage zugelassen zu werden; er müßte a limine judicii zurückgewiesen werden, wenn er nichts als die nackte Leidenschaft als Motiv seines Auftretens anzugeben vermöchte ***).

Die Legitimation des Beschuldigers kann aber außerdem noch in einer andern Beziehung Gegenstand der Prüfung werden: bei denjenigen Verbrechen nämlich, welche nur auf Anzeige gewisser Personen verfolgt werden dürfen, z. B. Ehebruch, Hausdiebstahl, wo es sich dann fragt, ob dem aufgetretenen Beschuldigee das Recht der Verfolgung zusteht.

4) So viel über die formellen Bedingungen der Zulässigkeit einer Beschuldigung. Auch der materielle Inhalt der Denunciation ist im Strafedikte nicht ausdrücklich normirt. Es drückt sich darüber nur negativ aus, indem es bezeichnet, was dazu nicht erforderlich ist. Der Beschuldigungsprozeß soll nämlich Statt finden,

„ohne daß noch der Thatbestand des Verbrechens hergestellt und gegen den Beschuldigten ein dem Richter zureichender Verdacht für eine Untersuchung erwiesen wäre."

Natürlich! denn wenn eines und das andere vorliegt, so muß der Richter, ohne eine Denunciation abzuwarten, von Amts wegen einschreiten. Dagegen müssen, wie sich arg. a contrario ergibt und vom gemeinen Rechte ausdrücklich vorgeschrieben ist ****), in der Beschuldigungsschrift solche Thatsachen vorgetragen seyn, welche

a) den Thatbestand eines bestimmten Verbrechens („des Verbrechens", — nämlich des angezeigten) darstellen, und

b) solche, aus welchen, ihre Wahrheit vorausgesetzt,

---

*) Der §. 13 der Erläuterungen spricht den Beschuldigten nur von dem Vorschusse der Untersuchungskosten frei, sagt aber nicht, daß er für diese Kosten gar keine Kaution zu leisten habe. D. Red.

**) Einer justa et probabilis causa, wie sich das römische Recht ausdrückt. Sehr bezeichnend ist die Stelle von Paulus: L. 19. D. ad exhib. (10. 4.) „Ad exhibendum possunt agere omnes, *quorum interest*. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni ejus interesset? Respondi, non oportere jus civile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire: nam illa ratione etiam studiosum alicujus doctrinae posse dicere, sua *interesse*, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset."

***) „Nam in justo judicio non affectus aut temeritas petitoris, sed jura et factum seu delicti indoles pro norma esse debent", sagt Kreß bei Erläuterung dieser Materie in seinem Comm. ad C. C. C. art. XI. §. 2.

****) L. 3. pr. §. 3. D. de accus. (48. 2.) L. 16. C. eod. (9. 2.) Henke a. a. O. S. 349.

ein „zur Untersuchung“ (nämlich Specialuntersuchung) „hinreichender Verdacht gegen den Beschuldigten“ hervorgeht; und es müssen

c) zugleich die Beweismittel namentlich angeführt seyn, durch welche diese Thatsachen in rechtliche Gewißheit gebracht werden sollen.

Das erste und zweite Erforderniß ist deßwegen nothwendig, weil eine peinliche Anklage so gut, wie eine Civilklage, einen vollkommenen Syllogismus enthalten muß, um als faktisch und rechtlich begründet gelten zu können. Das Daseyn des Thatbestandes und der Verdacht der Thäterschaft muß daher in der Beschuldigungsschrift, wenn auch nicht erwiesen, doch thatsächlich begründet seyn, wenn die prozessualische und die Hauptbitte logisch daraus hergeleitet werden soll. Die Beischaffung der Beweismittel (ad c.) ist aber in diesem Prozesse lediglich Sache des Beschuldigers, nur ihre Erhebung ist Sache des Richters; und sie müssen deßwegen schon in der Denunciation benannt seyn, weil man dem Richter nicht zumuthen kann, auf eine Anklage einzugehen, die wegen mangelnden Beweises keinen Erfolg erwarten läßt.

Besonders wichtig ist die Prüfung des unter Lit. a aufgestellten Erfordernisses, über welches daher noch einige Worte beigefügt werden sollen.

Der Untersuchungsrichter hat sorgfältig zu prüfen, ob in den von dem Beschuldiger vorgetragenen Thatsachen alle Merkmale des angezeigten Verbrechens enthalten sind. Wenn also z. B. Jemand einen Andern der Tödtung beschuldigte, weil dieser einem Dritten den Tod gewünscht habe; oder wenn A. eine Untersuchung wegen Ehebruchs deßwegen gegen B. beantragte, weil dieser mit der Ehefrau des A. auf einem einsamen Spaziergange gesehen worden sey; oder wenn Jemand wegen Gotteslästerung denuncirt würde, weil er gewisse kirchliche Gebräuche getadelt habe u. s. w., so würde erkannt werden müssen, daß nach dem eigenen Vortrage des Beschuldigers kein Grund zu einer Untersuchung vorliege. Bei Denunciationen wegen Meineids ist vorerst die Gesetzmäßigkeit und die formelle Richtigkeit der Abnahme des Eids zu prüfen und dann besonders darauf zu sehen, ob nicht nur darüber, daß die beschworene Thatsache objektiv unwahr, sondern auch, daß der Schwörende sich dieser Unwahrheit bewußt gewesen sey, Thatsachen und Beweise vorgebracht sind.

Am schwierigsten sind jene Fälle, in welchen die Grenzlinie zwischen einem Verbrechen und einem civilrechtlichen Verhältnisse sehr fein, oder wobei eine Civilfrage präjudizirll für die Beurtheilung des Criminalpunktes ist *). Oft wird hier die Denunciation als Mittel zur Vermeidung eines weitaussehenden Civilprozesses gebraucht, indem der Denunciant hofft, durch Einschüchterung des Gegners schneller sein Ziel zu erreichen. In solchen Fällen muß die Prüfung der Zulässigkeits-Bedingungen mit besonderer Strenge vorgenommen, und wenn nach dem Vorgetragenen der Thatbestand eines Verbrechens auch nur zweifelhaft ist, muß der Beschuldigte auf den Civilrechtsweg verwiesen werden **). Dahin gehören z. B. folgende Fälle. Ein Buch- und Papierhändler hatte einen Boten angestellt, welcher den auswärtigen Kunden die Waaren zutragen und dann entweder das eingenommene Geld, nach Abzug gewisser Procente, abliefern oder die Waaren zurückbringen sollte. Bei den von Zeit zu Zeit vorgenommenen Abrechnungen ergab sich stets, daß der Bote nicht im Stande war, das eingenommene Geld vollständig abzuliefern. Als seine Schuld auf diese Weise ziemlich angewachsen war, entließ ihn sein Herr, verlangte aber zugleich vor Gericht, daß derselbe wegen Unterschlagung in Untersuchung genommen werde ***). — Einen gleichen Antrag stellte ein Handelsgesellschafter gegen den andern, weil dieser sich weigere, Rechnung über das gemeinschaftliche Geschäft abzulegen und den seinem Gesellschafter gebührenden Gewinnantheil herauszugeben. In beiden Fällen wurde der Antrag auf Untersuchung zurückgewiesen. —

Ein Handelsmann beantragte eine Untersuchung wegen Betrugs und Unterschlagung gegen seinen angeblichen Commissionär, weil dieser die ihm anvertrauten Waaren um höhere Preise, als die ihm verrechneten verkauft und den Mehrerlös sich zugeeignet habe. Aus den vorgelegten Papieren ergaben sich aber Zweifel, ob nicht das zwischen den Parteien unter dem Namen eines Commissionsvertrages bestehende Verhältniß in Folge der dabei gemachten eigenthümlichen Bedingungen eher als ein contractus aestimatorius anzusehen, folglich der sogenannte Commissionäre befugt gewesen sey, den das Limito übersteigenden Erlös für sich zu behalten. Bei dieser zweifelhaften Natur der Sache hätte der Beschuldiger wohl auf den Civilrechtsweg verwiesen werden dürfen ****).

---

*) Mittermaier Strafverfahren, 3te Auflage, Bd. I. §. 7. Kleinschrod, im neuen Archiv des Crim.R., Bd. II. S. 257. Zachariä im Archiv d. Cr.R., neue Folge, Jahrg. 1840. S. 395—409.

**) Vgl. bes. L. 8. C. ad leg. Fab. de plagiar. (9. 20.) L. 1. C. de appell. (7. 26.) Einige Rechtslehrer bezeichnen als einen wesentlichen Punkt auf der Grenzlinie zwischen dem civilrechtlichen und dem criminellen Betruge, daß letzterer erst dann anzunehmen sey, wenn dem Verletzten keine Abhülfe auf civilrechtlichem Wege mehr offen stehe.

***) v. Wendt, die teutsche Facultätspraxis. Neustadt 1836. S. 332 ff.

****) In der Folge wurde auch, nachdem eine sehr mühsame und weitläufige Untersuchung geführt worden war, erkannt, daß

Digitized by Google

2.

Sicher iſt es hiernach eine heilige Pflicht des Unterſuchungsrichters, zu prüfen, ob eine Denunciation allen geſetzlichen Erforderniſſen entſpricht, bevor er daraus hin eine Unterſuchung eröffnet. Zeigte ſich hierbei in irgend einer Beziehung ein Mangel, ſo iſt die Ladung zu verſagen. Wenn ferner alle Erforderniſſe ſcheinbar vorhanden, insbeſondere die vorgetragenen Thatſachen von der Art ſind, daß ſie den Begriff eines beſtimmten Verbrechens ausfüllen, und wenn demnach die Unterſuchung eröffnet worden iſt, nach Erhebung der vorgeſchlagenen Beweismittel ſich aber zeigt, daß die objectiven Merkmale des Thatbeſtandes nicht vorliegen, ſo wird auch jetzt noch der Richter die Beſchuldigung zurückweiſen müſſen, ohne zur Vernehmung des Beſchuldigten zu ſchreiten. Wenn er aber dieſe Pflicht verſäumt, wenn er Ladung erkennt, ohne daß Grund zu einer Unterſuchung vorhanden war, oder wenn er dieſe nach Beſeitigung des früher ſcheinbar vorgelegenen Grundes fortſetzt, ſo fragt es ſich, ob hiergegen ſofort ein Rechtsmittel an den Oberrichter Statt findet, oder ob ſich der Beſchuldigte allen Nöthen und Plackereien eines Criminalprozeſſes unterwerfen, ſich eine geraume Zeit hindurch als eines Verbrechens verdächtig betrachten laſſen, ſeine Ehre und ſeinen Credit leiden ſehen, und erſt wenn er alle dieſe Bitterkeiten geduldig ertragen hat, eine Erlöſung durch freiſprechendes Urtheil hoffen darf?

Das gemeine Recht geſtattet unbedingt, wie bei dem Unterſuchungsverfahren, eine defensio pro avertenda inquisitione speciali *). Unſere beſtehende Strafprozeßgeſetzgebung aber hat ſich möglichſte Beſchränkung der Rechtsmittel und Vertheidigung, und die größte Abkürzung und Beſchleunigung des Verfahrens zum Ziele geſetzt **). Unter den zuläſſigen Rechtsmitteln iſt die Vertheidigung gegen Eröffnung der Unterſuchung nicht aufgezählt, und ſie wird daher, obgleich ſie eben ſo wenig ausdrücklich abgeſchafft iſt, von den Gerichten nicht mehr zugelaſſen. Dagegen hat ſich aus dem organiſationsmäßigen Aufſichtsrechte der Hofgerichte über die Aemter das Rechtsmittel der Beſchwerdeführung durch den Gerichtsgebrauch ausgebildet, mit der Beſtimmung, Rechtshülfe gegen beſchwerende Handlungen des Unterſuchungsrichters zu verſchaffen. Es ſind für daſſelbe weder beſondere Formen vorgeſchrieben, noch iſt die Zuläſſigkeit auf gewiſſe Fälle beſchränkt, es findet daher gegen jede einzelne Maßregel des Inquirenten, durch welche der Inquirent ſich beſchwert hält, Statt. Dadurch wird der Mangel an beſondern Rechtsmitteln einigermaßen erſetzt und jener Forderung der Gerechtigkeit ***) Genüge geleiſtet, daß gegen jede durch den Richter als ſolchen verübte Rechtsverletzung Abhülfe durch ein entſprechendes Rechtsmittel möglich gemacht werde. Obgleich nun über die Beſchwerdeführung keine geſetzlichen Vorſchriften exiſtiren, ſo iſt deren Zuläſſigkeit doch ſo allgemein anerkannt, daß, als bei der landſtändiſchen Berathung der neuen Recursordnung ein Abgeordneter der zweiten Kammer darauf antrug, ihrer in dem Geſetze zu erwähnen, der Herr Regierungskommiſſär dieß für überflüſſig hielt, weil die Statthaftigkeit der Beſchwerdeführung an das Hofgericht nie beanſtandet worden ſey ****). Indeſſen wurde doch folgender Zuſatz zu §. 2 beſchloſſen. „Hinſichtlich der Beſchwerdeführung des Angeſchuldigten bei dem Oberrichter gegen einzelne Handlungen oder Verfügungen des Unterſuchungsrichters . . . bleibt es bei den beſtehenden Rechten.“ Unter den beſtehenden Rechten kann aber nur der Gerichtsgebrauch verſtanden ſeyn, weil ausdrückliche geſetzliche Beſtimmungen nicht vorliegen.

Steht nun die Statthaftigkeit der Beſchwerdeführung im Allgemeinen feſt, ſo wird es auch keinem Anſtande unterliegen, daß ſie gegen die Ladungsverfügung in einer Denunciationsſache angewendet werden kann. Denn die Eröffnung der Unterſuchung iſt gerade die wichtigſte Maßregel des Unterſuchungsrichters, alle weiteren ſind nur Folgen derſelben.

Beſondere Formen ſind, wie geſagt, nicht vorgeſchrieben. Der Beſchuldigte kann daher ſeine Beſchwerde ſchriftlich oder zu Protokoll vortragen, und das Amt muß ſie dem Hofgerichte zur Entſcheidung vorlegen. Es verſteht ſich, daß ihm als unentbehrliches Mittel hiezu die Einſicht der Denunciation mit allen Beilagen geſtattet werden muß, und da kein Geſetz es verbietet, ſo wird es dem Beſchuldigten auch frei ſtehen, ſich eines Anwaltes zur Ausführung ſeiner Beſchwerde zu bedienen, wofür auch innere Gründe ſprechen, indem gerade in den ſchwierigen Fällen, in welchen die Prüfung der Vorfrage am wichtigſten iſt, nur ein Rechtskundiger es vermag, die Sache unter den richtigen Geſichtspunkt zu bringen, und ſo vielleicht ein weitläufiges, in vielen Beziehungen unheilbringendes Verfahren gleich beim Beginne abzuſchneiden.

---

es am Thatbeſtande der angezeigten Verbrechen fehle. Das hätte man aber ſchon aus der Denunciation entnehmen, und dem Beſchuldigten manche bittere Stunde erſparen können.

*) S. alle oben angeführten Schriftſteller.

**) Obergerichtsordnung §. 250. Strafedikt §. 20. 21. Landesherrliche Verordnung vom 4. Juni 1803 (Reg Bl. Nro. 17).

***) Vgl. Linde Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln, I. Theil. §. 1.

****) Landſtänd. Verhandl. v. 1837. Sitzung der 2ten Kammer vom 19. April 1837. Commiſſionsbericht im 3ten Beilagenheft S. 184.

Digitized by Google

3.

Für das Verfahren nach eröffneter Untersuchung entscheidet der Grundsatz, daß der Untersuchungsrichter hinsichtlich der zur Begründung der Beschuldigung (beziehungsweise Ueberführung des Beschuldigten) zu ermittelnden Thatsachen und der darüber zu erhebenden Beweismittel lediglich an das sich zu halten hat, was der Beschuldiger ihm an Handen gibt, und daß in keiner von beiden Beziehungen eine officiose, über den Antrag hinaus gehende Thätigkeit zulässig ist. Dieß folgt aus dem oben angeführten Principe der Trennung der Prozeßsubjecte, wodurch dem Beschuldigter allein die Beischaffung des Materials übertragen, und der Inquirent ein auf das Geschäft des Untersuchens verwiesen ist.

Aber der deutsche Untersuchungsrichter hat auch eine dritte Rolle in sich vereinigt: die des Vertheidigers *). Von Amts wegen muß er Alles, was zur Herstellung der Unschuld oder der mindern Schuld des Angeklagten dienen kann, mit demselben parteilosen Eifer und Fleiße erheben, wie die Anschuldigungsbeweise. Diese Rolle ist aber dem Untersuchungsrichter auch im Beschuldigungsprozesse nicht abgenommen, sie bildet auch hier einen wesentlichen Theil seiner Thätigkeit. Er muß daher alle Entschuldigungsmomente von Amts wegen aufsuchen und erheben, ohne sich auf das etwa von dem Beschuldigten Vorgebrachte zu beschränken.

Sind in der Anklageschrift selbst Thatsachen vorgetragen, aus welchen die Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten oder die Aufhebung der Strafbarkeit (z. B. wegen Nothwehr, Verjährung) sich ergibt, so ist die Beschuldigung sofort zurückzuweisen, so gewiß, als eine Civilklage verworfen werden müßte, in welcher vorgetragen wäre, daß die eingeklagte Forderung bereits bezahlt sey.

Die Theilnahme des Beschuldigers an der eigentlichen Untersuchung besteht nach §. 8 des Strafedikts darin, „daß er zu Eröffnung des Verhörs, sodann zu Erhebung und Publication der Kundschaften **), endlich zum Schlußverhöre beigeladen, ihm die Lage der Sache, wie sie alsdann steht, eröffnet, und er vernommen werden muß, ob und was er noch zur Ueberweisung des Beschuldigten oder zur Rechtfertigung seiner Beschuldigung anzugeben wisse, das der Richter, soweit es erheblich zu achten ist, noch erheben muß." Also nur zur Eröffnung der Verhöre des Beschuldigten soll er beigeladen werden, nicht zu den Verhören selbst. Hinsichtlich der Zeugenverhöre hat das Großherzogliche Justizministerium in einem generalisirten Erlasse vom 1. März 1831 Nro. 929 sich dahin ausgesprochen:

„Dem Großherzogl. Hofgerichte — zu erwiedern:
„Man habe gegen dessen Verfügung . . ., insofern hiernach die Vorladung der Denuncianten zum Zweck ihrer Gegenwart bei dem Zeugenverhöre selbst nicht Statt finden solle, nichts zu erinnern, indem der im §. 8 des Strafedikts gebrauchte Ausdruck „Erhebung der Kundschaften" . . . nicht die wirkliche Vernehmung, sondern nur die Production und Beeidung der Zeugen u. s. w. bezeichnet ***); überdieß die Zuziehung des Denuncianten allein eine Rechtsungleichheit zwischen beiden Parthieen erzeugen, die ebenmäßige Beiladung des Denunciaten aber nicht rathsam seyn würde."

Hienach sind die Zeugen in Gegenwart des Beschuldigers zu produciren und zu beeidigen, aber in Abwesenheit desselben abzuhören. Zweckmäßig wird es seyn, die Aussagen der Zeugen, bevor man diese entläßt, dem Beschuldiger zu eröffnen, um die allenfalls von demselben beantragten Ergänzungsfragen sogleich stellen zu können.

Unter dem Schlußverhöre versteht das Strafedikt nicht dasjenige, was man in der Praxis ausschließlich so zu nennen pflegt, nämlich ein vor Scabinen abgehaltenes, sondern das letzte oder sogenannte Reassumtionsverhör ****), in welchem alle erheblichen Thatsachen und Beweise, welche durch die Untersuchung ermittelt worden sind, zusammengefaßt und dem Angeklagten in kunstgerechter Reihenfolge vorgehalten werden. Diesem Verhöre darf der Beschuldiger anwohnen, um von dem Resultate der Untersuchung Kenntniß zu nehmen.

„Im Uebrigen", sagt das Strafedikt, „gehet auch dieser Prozeß ganz den Gang des Untersuchungsprozesses, und darf keineswegs der Richter zugeben, daß er in ein Wechselverfahren der Parteien nach Art der bürgerlichen Prozesse ausarte." Darin weicht unser Gesetz auf eine gewiß zweckmäßige Weise von dem gemeinen Rechte ab, welches hier, ganz wie im Civilprozesse, einen Wechsel von Parteischriften, namentlich Rechtsausführungen, gestattet *****) Aus

*) v. Jagemann Handbuch der Untersuchungskunde §. 402 ff.

**) D. h. Zeugenaussagen. So werden im §. 14 des Strafedikts die Zeugen „Kundschafter" genannt.

***) Der wissenschaftliche Sprachgebrauch bezeichnet allerdings mit dem Namen „Erhebung der Beweismittel" jenes Verfahren, wodurch die Beweismittel zum Zwecke des Prozesses vom Richter benützt, aktenmäßig gemacht, also z. B. die Zeugen vernommen werden. Allein die Sprache des Strafedikts ist mit jener der Theorie auch sonst nicht immer übereinstimmend, und so ist es auch hier wohl möglich, daß die Verfasser desselben mit jenem Worte etwas ganz anderes ausdrücken wollten, als was man gewöhnlich darunter versteht.

****) v. Jagemann a. a. O. §. 419.

*****) Ein Beispiel aus neuester Zeit s. in Demme's Annalen der Strafrechtspflege Bd. XI. S. 332—373.

Digitized by Google

obiger Bestimmung folgt übrigens, daß dem Beschuldigten die Denunciation bei der ersten Ladung nicht eröffnet zu werden braucht, daß keine schriftlichen Erklärungen Statt finden, u. s. w.

4.

Wenn der Beschuldiger nach dem Schlußverhöre erklärt, daß er keine weitern Thatsachen oder Beweise zur Ueberführung des Beschuldigten vorzubringen habe, so muß die Untersuchung sogleich geschlossen werden. Es kommt aber zuweilen vor, daß man dem Beschuldiger nach dem letzten Verhöre einen Vortrag gestattet, worin er, ohne neue Thatsachen oder Beweise anzuführen, die Begründetheit seiner Beschuldigung nachzuweisen sucht. Streng genommen ist ein solcher Vortrag nicht zulässig, weil er in der That nichts anderes, als eine civilprozessualische Beweisausführung ist, und weil solche Deductionen nach obiger Bestimmung des Strafedikts nicht zugelassen werden sollen. Wenn man ihn aber einmal gestattet hat, so muß man ihn auch dem Beschuldigten eröffnen, und zwar seinem vollen Inhalte nach, weil man eine Deduction nur dann beurtheilen und widerlegen kann, wenn man sie in ihrem ganzen Zusammenhange kennt; und es muß ferner dem Beschuldigten auch die Beibringung einer Gegendeduction gestattet werden. Dieß verlangt die Rechtsgleichheit der Parteien und der Grundsatz jedes Prozesses, daß der Angegriffene das letzte Wort haben muß.

Von Wichtigkeit ist endlich noch die Frage, ob dem Beschuldigten in jedem Falle die Einreichung einer förmlichen Vertheidigung gestattet werden müsse. In einem gewissen Falle ist dieß von dem Obergerichte abgeschlagen worden, weil das Gesetz vorschreibe, daß der Beschuldigungsprozeß sich nach den Regeln des Untersuchungsprozesses richten solle, und weil, wenn der Fall auf letzterm Wege untersucht worden wäre, keine Vertheidigung Statt fände. Allein diese Bestimmung bezieht sich nur auf die eigentliche Untersuchung; im Laufe derselben wird daher, wie bei dem Inquisitionsprozesse, dem Beschuldigten die Akteneinsicht und der Beizug eines Anwaltes nicht gestattet werden können. Sobald aber die Untersuchung geschlossen, Alles erschöpft ist, was der Beschuldiger vorgebracht hat, so ist kein Grund mehr vorhanden, dem Beschuldigten einen Theil der Acten geheim zu halten, es muß ihm jetzt Gelegenheit eröffnet werden, eine zusammenhängende Erklärung auf das ganze System der Anklage und auf die einzelnen Punkte derselben abzugeben. Allerdings hat unsere Gesetzgebung die Vertheidigung auf die schwersten Fälle beschränkt *), allein von dem Beschuldigungsprozesse ist dabei nicht ausdrücklich die Rede, und da das natürliche Recht der Vertheidigung so weit geht, als es nicht eingeschränkt ist, auch außerdem bei dieser Prozeßart der Angeschuldigte eines weit kräftigeren Schutzes bedarf, als im Untersuchungsprozesse, in welchem er nicht von einem leidenschaftlich interessirten Privaten verfolgt wird, da endlich dem Beschuldigten gestattet ist, die Anklageschrift durch einen Rechtsverständigen ausarbeiten zu lassen, so scheint der Beschuldigte einen vollkommenen Rechtsanspruch darauf zu haben, daß ihm in jedem Falle die Akteneinsicht und die Einreichung einer förmlichen Vertheidigung bewilligt werde **).

Karl Ammann.

*) S. die oben angeführten Gesetzesstellen.

**) Das gemeine Recht gestattet dieß ganz unbedingt. S. bei Henke a. a. O. S. 856.

II.

Hofgericht des Seekreises.

Wann ist in Bezug auf Strafgedinge ein Verzug anzunehmen?

Urtheil.

In Sachen der Gemeinde Emmingen ob Egg Klägerin Wiederbeklagte, gegen die fürstliche Standesherrschaft Fürstenberg, Bekl. Wiederklägerin — Forderung wegen Bohn-Erz-Lieferung von 678 fl. 3 kr. betreffend, wird auf gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt:

die Beklagte sey schuldig, der Klägerin die an dem Preise der Bohn-Erz-Lieferung von 1836 auf 1837 in Abzug gebrachten 678 fl. 3 kr. binnen vier Wochen bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung zu bezahlen. Mit der Widerklage sey die Bekl. Wiederklägerin abzuweisen, auch habe sie sämmtliche Kosten zu tragen.

Gründe.

Die beklagte Standesherrschaft schloß am 21. Dez. 1832 mit der Klägerin einen Vertrag, nach welchem die letztere für die fürstlichen Eisenwerke die alleinige Lieferantin des Bohnerzes seyn soll, das sich auf der Gemarkung derselben vorfindet; — es wurde hiebei bedungen: daß alljährlich um Martini der im nächsten Jahr abzuliefernde Erzbetrag gemeinschaftlich festgesetzt werden solle, daß die Klägerin, wenn es das Bedürfniß erfordere, bis auf 40,000 Kübel liefern müsse, und daß, wenn sie den festgesetzten Betrag nicht abliefere, verbunden sey, „für jeden zu wenig gelieferten Kübel Erz einen Drittel des (auf 20 kr. für den Kübel) fixirten Erzpreises als Entschädigung an die Standesherrschaft zu bezahlen.

Für das Jahr 1836 auf 1837 wurde für abgelieferte 33,767 Kübel der berechnete Betrag von 11,255 fl. 40 kr. von der Empfängerin ohne Abzug bezahlt. Dagegen wurde von der für das Jahr 1837 auf 1838 für 32,937½ Kübel auf 10,976 fl. 10 kr. berechneten Forderung die Summe von

Digitized by Google

678 fl. 3 kr. als Buße für den Minderbetrag, den die Klägerin im Jahr 1836 auf 1837 nicht geliefert, innebehalten. Die Beklagte behauptet nämlich, daß der für 1836—1837 festgesetzte Lieferungsbetrag 40,000 Kübel betroffen habe, was jedoch die Klägerin nicht zugiebt.

Die Klägerin bestreitet aber jedenfalls diesen Abzug aus drei Gründen, 1) weil in der geschehenen Ausbezahlung des ganzen Jahresbetrages ein Verzicht auf den Vollzug des Strafgedinges liege; 2) weil die Beklagte vertragswidrig selbst Bohnerz auf der Gemarkung Emmingen gegraben, und dadurch der Klägerin eine Mehrlieferung unmöglich gemacht, sich aber selbst noch viel mehr, als das Fehlende, zugeeignet habe; — 3) endlich, weil die Beklagte die Klägerin nicht in Verzug gesetzt habe, was nöthig gewesen wäre, weil in dem genannten Vertrage nicht gesagt werde, daß nach Umlauf einer gewissen Frist bei nicht genügender Lieferung der Verzug ohne Weiteres eintreten solle.

Der erste Grund kann nicht bestehen, weil die vollständige Zahlung vom Hüttenverwalter geschah, der zu einem solchen Verzichte nicht berechtigt war, da Entschädigungen nicht in den Kreis der Verwaltungshandlungen gehören. Eben so ungegründet ist die Behauptung der Beklagten, daß aus einem Gesuch des Erzrechners um Nachlaß der Buße eine Anerkennung desselben liege, — weil es nicht in den Befugnissen des Rechners lag, solche Anerkennungen zu machen.

Auch der zweite Grund verdient deshalb wenig Beachtung, weil der Erzgewinn aus einer neuen Grube, welche die Klägerin selbst nicht angelegt haben würde, den Gewinn an den übrigen Orten in der Gemarkung nicht kann geschmälert haben.

Der dritte Grund ist dagegen erheblich. Das Thatsächliche, worauf er beruht, ist richtig; — denn eine im Laufe des Jahres von Seiten der Hüttenverwaltung gemachte Erinnerung, daß die Klägerin bedacht seyn möge, das betreffende Quantum bis zum Ende des Rechnungsjahres vollständig zu liefern, ist noch keine Setzung in Verzug, sondern nur eine Warnung, den Fall eines Verzuges zu melden. Die Bestimmung aber, wie viel Kübel Erz für die Zeit eines Jahres geliefert werden sollen, betrifft nur den Umfang der Lieferung, nicht einen Verzugstag, denn dazu gehört, daß im Vertrage ausdrücklich gesagt wird, daß durch die bloße Erscheinung des Tages oder Ziels, ohne daß es einer weiteren Handlung bedürfe, der Schuldner in Verzug seyn solle. L.R.S. 1139. — Zachariä H.B. des fr. Civ.Rechts II. §. 308.

Nun sagt aber L.R.S. 1230 ausdrücklich von den Strafgedingen:

> In keinem Fall der Hauptverbindlichkeit mag eine Erfüllungszeit vorgeschrieben seyn oder nicht, ist die Strafe verwirkt, ehe der schuldige Theil im Verzug ist.

In Verzug ist der Säumige aber nur, entweder kraft Gesetzes, oder durch das im L.R.S. 1139 enthaltene Vertragsgeding, oder durch Mahnung. Da das Strafgeding nur im Voraus die Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages bestimmt, so muß hier die Frage, wann ist der Verzug vorhanden, ganz eben so beantwortet werden, wie bei den Klagen auf Entschädigung. Zachariä l. c. §. 310. Duranton Cours de droit *français*, Brux. 6. Th. S. 386. Die Distinktion, welche Brauer in der Erläut. III. S. 168 zum §. 1230 macht, ist daher durchaus ungegründet, und sie beruht auf einem Zirkel, denn in Verzug ist der Schuldner nur zufolge der in den L.R.S. 1139, 1145 u. 1146 bezeichneten Thatsachen, — der im L.R.S. 1146 vorkommende Ausdruck, in Verzug gesetzt seyn, kann also nicht mehr bedeuten, als im Verzug seyn, — auch sind beide Ausdrücke im Urtexte ganz gleich, es heißt auch im Art. 1146: „lorsque le debiteur est en demeure gerade so, wie im Art. 1230. Da Brauer die Absicht einer Aenderung nicht ausdrückt, so kann seinem offenbaren Mißverständnisse keine Folge gegeben werden.

Es könnte sich nur noch fragen, ob hier der im L.R.S. 1146 bezeichnete Fall vorhanden sey:

> „wo das, was der Schuldner zugesagt hat, nur in einer gewissen Zeit, die er verstreichen ließ, gegeben oder gethan werden konnte.

Diese Frage ist aber zu verneinen, da begreiflich das Fehlende des Jahresbetrages in ein stets betriebenes Eisenwerk auch nach dem Abfluß des Jahres möglich und annehmbar ist, besonders bei fortdauernden Lieferungen. L.R.S. 1146 spricht von ganz andern Fällen, z. B. wo ein Beauftragter ein nur in einer bestimmten Frist anzunehmendes Nachgebot, oder die Ausübung des auf fünf Jahre beschränkten Wiederkaufsrechts — versäumte. Paillat Manuel de D. C. ad art. 1146 Nro. C. Nro. 2

Die Wiederklage mußte aus denselben Gründen verworfen werden. Auf Zinsen war nach P.O. §. 376 nicht zu erkennen, weil das Klaggesuch nicht einmal im Allgemeinen darauf gerichtet ist.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten wegen P.O. §. 169 ist wie geschehen erkannt worden.

Aschbach.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 8. Karlsruhe den 20. Februar 1841.

I.

Zachariä und der badische Strafgesetzentwurf.

Im 4ten Hefte der Heidelberger Jahrbücher von 1840 hat Zachariä den im Jahre 1839 den Ständen vorgelegten Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden kritisirt.

Dieser Tage ist mir nun der im Jahre 1826 von Zachariä (damals Mitglied der Großherzogl. Badischen Gesetzgebungs-Commission) herausgegebene Entwurf eines Strafgesetzbuches (im Verlag von Oßwald in Heidelberg) zu Gesicht gekommen. Eine Vergleichung dieses Entwurfes mit der erwähnten Kritik des nämlichen Verfassers in den Heidelberger Jahrbüchern bietet Stoff zu interessanten Betrachtungen.

Der Aufsatz in den Heidelberger Jahrbüchern spricht von zwei Systemen, wornach Strafgesetze gemacht werden. Nach dem einen werde auf jedes Verbrechen eine nach der objektiven Größe seiner Schädlichkeit oder äußeren Gefährlichkeit bestimmte Strafe gedroht; nach dem andern eine unbestimmte nach dem Grade der Immoralität des Thäters jeweils zu bemessende. Der Verfasser (nach dessen Ansicht das letztere System nach Asien führen müßte) tadelt nun, daß der badische Entwurf in der Verbindung beider Systeme dem Letztern derselben (also dem richterlichen Ermessen nach dem Grade der Immoralität des Thäters im einzelnen Falle) zu viel Rücksicht getragen, und daß er bei dem Daseyn gesetzlicher Milderungsgründe (§. 146.) selbst unter das Strafminimum herabzugehen gestattet habe.

Zur Vergleichung mit dieser Ausführung dient folgende Stelle aus der Vorrede des Verfassers zu seinem im Jahre 1826 herausgegebenen eigenen Gesetzes-Entwurfe, S. 14 und 15:

„Man kann und wird dem Entwurfe den Vorwurf machen, daß er dem richterlichen Ermessen einen größeren Spielraum verstatte, als irgend ein Werk ähnlicher Art. Warum ist dieser Uebelstand, der doch so leicht vermieden werden konnte, dennoch nicht vermirden worden? Ich erlaube mir, zur Vertheidigung des Entwurfes folgendes anzuführen: Man kann, was die dem richterlichen Ermessen in Strafsachen (und insbesondere bei der Zumessung der Strafen) zu verstattende Freiheit betrifft, nur zwischen zwei Uebeln das kleinere wählen. Man muß die Schuldigen entweder der Willkühr der Gesetze oder der Willkühr der Gerichte in einem gewissen Grade Preis geben. Denn je beschränkter jene Freiheit des Richtees ist, je genauer also die Gesetze die Strafe der einzelnen Vergehen nicht blos der Art sondern auch dem Grade nach bestimmen, je weniger sie dem Richter verstatten, die gesetzliche Strafe, nach Maßgabe der größeren oder geringeren Strafbarkeit der zu richtenden That, zu erhöhn oder zu mindern, desto weniger kann der Richter die Eigenthümlichkeiten eines jeden einzelnen Falles berücksichtigen, desto weniger also, bei der unendlichen Verschiedenheit der Fälle, ein an sich und nicht blos in Beziehung auf die geschriebenen Gesetze gerechtes Urtheil fällen. Unter der entgegengesetzten Voraussetzung aber kann der Richter allerdings, sei es aus Irrthum oder aus Vorurtheil oder aus Mitleid oder aus Rechtseifer oder aus einem andern Grunde, die Strafe entweder höher oder niedeiger ansetzen, als es in der Absicht des Gesetzgebers lag und als es die Umstände rechtfertigen. Da dürfte nun das letztere Uebel in mehr als einer Beziehung das kleinere sein. Gegen dieses kann man sich durch die Oeganisation der Gerichte und durch die Ordnung der Gerechtigkeitspflege sehr bedeutende Gewährleistungen verschaffen. Das erstere kann nur durch die Ausübung des Begnadigungsrechts gemildert werden; ein Mittel, dessen häufiger Gebrauch allemal bedenklich ist, das übrigens nur gegen die übergroße Strengr, nicht aber gegen die übeegroße Milde der Gesetze Hülfe leisten kann."

Zachariä hat darnach in seinem Entwurfe auch wirklich größtentheils sehr weiten Spielraum für die Strafausmessung gegeben, und im §. 166. für die Ausmessung das Princip aufgestellt:

„Je nachdem eine Vergehung für mehr odee weniger unsittlich zu erachten ist, ist das Maaß der Strafe höher oder niedriger anzusetzen!"

Digitized by Google

Auch stellt er Milderungsgründe auf, bei deren Daseyn der Richter unter das angedrohte niederste Strafmaaß herabgehen darf.

Nachdem er im §. 122. Diejenigen, welche im Zustand einer Geistes- oder Gemüthskrankheit, oder im Zustand einer Geistesabwesenheit oder eines unverschuldeten Mangels an Herrschaft über ihren Willen handelten, für straflos erklärt hat, sagt er im §. 123.:

„Die Gerichte sind ermächtigt, die gesetzliche Strafe des Vergehens zu mildern, wenn es in einem gegebenen Falle zweifelhaft ist, ob der Geistes- oder Gemüthszustand, in welchem der Angeschuldigte handelte, die Zurechnung nach §. 122. ausschließe oder nicht ausschließe."

Sodann im §. 125.:

„Die, welche in einem unverschuldeten Rausche, der sie des Gebrauchs des Verstandes beraubte, ein Vergehen verübt haben, sind unter den Vorschriften der §. 122. 123. begriffen."

Eben so ist die Bestimmung des §. 123. im §. 126. auch auf den Zustand eines unvollkommnen Blödsinnes, und im §. 129. auf einen unvollkommnen Nothstand anwendbar erklärt, also in allen diesen Sätzen das nämliche gesagt, was der angefochtene §. 146. des badischen Entwurfes vorschreibt.

Ja, im §. 161 und 164. läßt Zachariä die Strafe des Gehülfen in Vergleichung zu jener des Urhebers ganz unbestimmt, ohne alle Beschränkung, herabsetzen, während der §. 120. des badischen Entwurfes für die schweren Verbrechen durch Bestimmung des niedersten Maßes, bis zu welchem die dem Urheber gedrohte Strafe herabgesetzt werden dürfe, das richterliche Ermessen beschränkt.

Was die polizeiliche Kompetenz betrifft, welcher durch den badischen Entwurf zu viel entzogen seyn soll, so bemerkt darüber Zachariä auf S. 14. der Vorrede zu seinem Strafgesetz-Entwurf folgendes:

„Ein jetzt allgemein anerkannter Grundsatz fordert, daß die Gerechtigkeitspflege selbstständig, d. h. von der Regierung unabhängig seyn soll. Aus diesem Grundsatze folgt unmittelbar, einmal, daß die Gerechtigkeitspflege von der Verwaltung zu sondern, und dann, daß auch die Bestrafung der Vergehungen ausschließlich den Gerichten zu übertragen ist. Der vorliegende Entwurf, den Grundsatz und diese beiden Folgerungen anerkennend, hat gleichwohl gewisse Vergehen den Verwaltungsbehörden vorbehalten, und zwar theils die geringeren Vergehen — die Vergehen der XI. und XII. Klasse (die nämlich nur mit höchstens 7 oder 3 Tagen Gefängniß bedroht sind) insgesammt — theils auch einige der schwereren ꝛc."

Einige Ausnahmen abgerechnet, hat also Zachariä nur diejenigen Vergehen, die höchstens mit 3 oder 7 Tagen Gefängniß bestraft werden können, der polizeilichen Erledigung zugewiesen. Der badische Entwurf enthält aber nicht eine einzige Strafbestimmung, welche im Maximum nur 7 Tage Gefängniß drohte.

Am entschiedensten kann aber in Bezug auf die große Zahl von Amtsverbrechen die Autorität von Zachariäs eigenem Entwurf der Autorität seines Aufsatzes in den Heidelberger Jahrbüchern entgegengehalten werden.

Es wird getadelt, daß der badische Entwurf zu viele dienstwidrige Handlungen der Beamten zu gerichtlichen strafbaren Vergehen mache, statt sie der dienstpolizeilichen Erledigung zu überlassen. Ueberhaupt findet aber Zachariä in diesen, die öffentlichen Diener betreffenden, Bestimmungen eine übergroße Strenge.

Eine Vergleichung dieser Bestimmungen mit Zachariäs eigenem Entwurfe zeigt jedoch, daß der Letztere noch eine weit größere Zahl solcher Handlungen, die als Dienstvergehen gerichtlich bestraft werden sollen, und dabei sehr strenge Strafandrohungen enthält.

Es ist unnöthig, Vergehen herauszuheben, die im badischen Entwurf als gerichtlich strafbar ebenfalls vorkommen. Ich nehme hier nur solche Bestimmungen aus Zachariäs Entwurf auf, wodurch Handlungen der öffentlichen Diener als gerichtlich strafbar erklärt sind, welche der badische Entwurf nicht aufführt, also der dienstpolizeilichen Rüge überläßt.

Zachariäs Entwurf enthält nämlich folgende Bestimmungen:

(§. 522.) „Ein Staatsdiener, welcher einem von seinen Dienstvorgesetzten bei Strafe des Ungehorsams an ihn schriftlich erlassenen gesetzmäßigen Befehle entweder überall nicht oder nicht vollständige Folge leistet; — V. VI. VII. oder VIII. (d. i. zweimonatliche bis dreijährige Gefangenschaft)*)."

(§. 524.) „Ein Staatsbeamter, welcher einem andern Staatsbeamten die Rechtshülfe verweigert, die er ihm den Gesetzen nach zu leisten verbunden ist; — VII. VIII. IX. oder X. (d. i. Gefängniß von 7 Tagen bis 4 Monate)."

(§. 525.) „Ein Staatsdiener, welcher Nachrichten oder Urkunden oder andere Schriften, die er vermöge der auf sich habenden Dienstpflichten oder zufolge eines besondern Befehls seiner Dienstvorgesetzten geheim zu halten

*) Zachariä theilt nämlich die Strafen nach ihrer Größe in 12 Klassen ein. Die I Klasse ist nach §. 23. die Todesstrafe, und nach den §§. 27—37. ist die II. Klasse = Gefängniß von wenigstens 12 Jahren bis lebenslänglich, und die III. = Gefängniß von 6 bis 12 Jahren, — die IV. = Gefängniß von 3 bis 6 Jahren, — die V. = Gefängniß von 1½ bis 3 Jahren, — die VI. = Gefängniß von ½ bis 1½ Jahre, — die VII. = Gefängniß von 2 bis 4 Monate, — die VIII. = Gefängniß von 1 bis 2 Monate, — die IX. = Gefängniß von 14 Tagen bis 1 Monat, — die X. = Gefängniß von 7 bis 14 Tagen, — die XI. = Gefängniß bis zu 7 Tagen, und die XII. = Gefängniß bis zu 3 Tagen. Nach §. 41. sollen die Freiheits-Strafen Nr. II. bis VI., d. i. von ½ Jahr bis auf Lebenslang in den öffentlichen Strafarbeitshäusern, die geringeren (VII. bis XII.) in Ortsgefängnissen erstanden werden. Die Strafe von 3 bis 6 Jahren Gefangenschaft ist nach §. 62. theilweise und jene von 6 Jahren oder darüber nach §. 60. und 61. vollständig mit infamirenden Folgen verbunden. In den einzelnen Artikeln ist alsdann die Strafe nicht mit Worten angedroht, sondern es sind nur die Ziffern der Strafklassen, die zur Anwendung kommen sollen, beigefügt. Im §. 522. ist also durch Anführung der Ziffern V. VI. VII. u. VIII. wegen blosen Ungehorsams im Dienste Ortsgefängniß von 1 Monat bis ½ Jahr oder Arbeitshausstrafe von ½ bis 3 Jahren angedroht, während der badische Entwurf diesen Fall noch der Dienstpolizeilichen Ahndung überläßt.

Digitized by Google

verbunden ist, bekannt macht oder andern mittheilt *); — V. VI. VII. oder VIII. (d. i. Gefangenschaft von 1 Monat bis zu 3 Jahren)."

(§. 529) „Ein Staatsdiener, welcher in einem an seine Dienstbehörde gerichteten Berichte falsche oder verfälschte Thatsachen, als in der Wahrheit beruhend, anführt**); — IV. V. oder VI. (d. i. Gefangenschaft von ½ Jahr bis 6 Jahren.)"

(§. 531) „Ein Staatsdiener, welcher, nachdem er aus irgend einem Grunde nicht weiter berechtiget ist, seinen bisherigen Dienst zu verwalten, die Verwaltung desselben eigenmächtig fortsetzt, oder welcher seine Dienstverrichtungen eigenmächtig einstellt; ***)— IV. V. oder VI. (d. i. Gefangenschaft von ½—6 Jahren.")

(§. 532) „Ein Staatsdiener, welcher Verlag oder Gebühren gesetzwidrig erhebt oder erheben läßt, sey es, daß die Ansätze schlechthin widerrechtlich oder nur übermäßig sind;****) — VII. VIII. IX. oder X. (d. i. Gefangenschaft von 7 Tagen bis 4 Monaten.)" —

(§. 539) „Diplomatische Agenten, welche im Namen der Regierung entweder ohne Vollmacht oder mit Ueberschreitung der Grenzen ihrer Vollmacht, einen Vertrag mit einer auswärtigen Regierung unbedingt, d. h. ohne Vorbehalt der Ratification abschließen; *****)—IV. V. oder VI. (d. i. Gefangenschaft von ½ — 6 Jahren.") —

(§. 541) „Ein Staatsbeamter, welcher in einer Rechtssache, in Beziehung auf welche ihm die Eigenschaften eines Richters abgehen (z. B. weil er mit der einen oder mit der andern Parthei oder mit dem Angeschuldigten verwandt ist), das Richteramt verwaltet; — VII. VIII. oder IX. (d. i. Gefangenschaft von 7 Tagen bis 4 Monaten.") —

(§. 543) „Ein Staatsdiener, welcher der ihm vorgesetzten Dienstbehörde wider besser Wissen und Gewissen eine Meldung macht; †) — VI. VII. oder VIII. (d. i. Gefangenschaft von 1 Monat — 1½ Jahren.") —

(§. 549) „Ein Richter, welcher sich weigert, entweder eine bei ihm anzubringende Klage anzunehmen oder in einer vor ihm anhängigen Rechtssache unter dem Vorwande, daß das Gesetz den Fall unberührt lasse, oder daß es dunkel oder unzulänglich sey, eine Entscheidung zu geben; ††)— VII. od. VIII. (d. i. Gefangenschaft von 1—4 Monaten.)"—

Die §§. 556 und 559 bedrohen auch die Rechnungsuntreue unter 50 fl. mit gerichtlicher Strafe, während der badische Entwurf sie der dienstpolizeilichen Rüge überläßt. Der Aufsatz in den Heidelberger Jahrbüchern greift auch den §. 538 des badischen Entwurfs an, weil derselbe (von hochverrätherischen Unternehmungen mittelst Mißbrauchs einer anvertrauten öffentlichen Gewalt handelnd) auch die Minister träfe, welche im verfassungswidrigen Wege die Verfassung aufhöben oder abänderten.

Zachariä droht aber in den §§. 536 und 537 seines Entwurfs auch für einfache Verfassungsverletzungen, nämlich für einmaliges Zuwiderhandeln der Verfassung, ohne diese selbst aufzuheben oder abzuändern, — also für Fälle, welche der §. 538 des badischen Entwurfs nicht umfaßt, sondern den Bestimmungen des mildeeen Gesetzes vom 5. Okt. 1820 überläßt, sehe harte Strafen. Er sagt:

(536) „Die Mitglieder dee obersten Staatsbehörde, welche die Stände des Landes (die Kammern) in der gesetzlichen Frist einzuberufen unterlassen; oder welche ohne Bewilligung der Stände des Landes (oder der Kammern) Auflagen ausschreiben oder Staatsanlehne aufnehmen; (oder welche die und die Vorschriften der Verfassungsurkunde verletzen); — II. oder III. (d. i. Gefangenschaft von 6 Jahren bis auf Lebenslang.")†††) —

(538) „Die Mitgliedee der obersten Staatsbehörde, welche in die verfassungsmäßige Unabhängigkeit der Gerichte einen Eingriff thun; — IV. V. oder VI. (d. i. Gefangenschaft von ½ bis zu 6 Jahren.") —

Strafbestimmungen dieser Art enthält der badische Entwurf nicht.

Sapienti sat. Das Weitere mag sich der geneigte Leser selbst dazu denken. Y.

II.

Die Stellung des Gläubiger-Ausschusses und Gantmasse-Pflegers gegenüber dem Gantanwalte betreffend.

Die Befugniß des Gläubigerausschusses in Ganten besteht nach den §§. 840, 885, 919, 924 der Prozeßordnung ausschließlich darin,

*) Der badische Entwurf §. 612 und 613 nimmt diese Verletzung der Amtsverschwiegenheit nur dann unter die gerichtlichen strafbaren Handlungen auf, wenn sie in rechtswideiger Absicht geschah, oder daraus ein (zur Fahrläßigkeit zuzurechnender) Schaden entstand. Andere Fälle, welche Zachariäs §. 225 ebenfalls trifft, überläßt der badische Entwurf der dienstpolizeilichen Rüge.

**) Diese hier mit Gefangenschaft im Arbeitshaus bis zu 6 Jahren bedrohten unwahren amtlichen Behauptungen hat der badische Entwurf der dienstpolizeilichen Rüge überlassen. Erst die zweite Kammer hat dafür im §. 630 a. eine Strafbestimmung in den Entwurf aufgenommen, die jedoch viel milder ist, als jene in Zachariäs Entwurf.

***) Der badische Entwurf überläßt diesen Fall, wenn nicht ein anderes Verbrechen konkurrirt, der Dienstpolizei.

****) Es ist hier, wie aus §. 533 und 534 hervorgeht, keine gewinnsüchtige Absicht vorausgesetzt, der Fall also nach dem badischen Entwurf blos dienstpolizeilich. Mit dem §. 532 von Zachariäs Entwurf ist der §. 550 gleicher Natur.

„Staatsdiener, welche, mit der Erhebung der Abgaben beauftragt, eine Abgabe gesetzwidrig erheben, sey es, daß die Abgabe schlechthin nicht gesetzlich ist, oder daß nur mehr, als das Gesetz verstattet, erhoben worden ist; — V. VI. VII. oder VIII. (d. i. Ges. v. 1. M. bis 3 J.)" —

*****) Hier ist weder eine böse Absicht, noch ein materieller Schaden, noch ein betrügliches Mittel ꝛc. vorausgesetzt, der Fall also nach dem badischen Entwurf bloß dienstpolizeilicher Natur.

†) Dieser Fall ist, wenn er nicht durch einen bösen Zweck oder durch einen strafbaren Erfolg qualificirt wird, vom badischen Entwurf unter die gerichtlichen strafbaren Vergehen nicht aufgenommen, und eben so nicht der vorhergehende Fall des §. 541.

††) Diesen Fall überläßt der badische Entwurf ebenfalls dem dienstpolizeilichen Einschreiten.

†††) De Freiheitsstrafe, welche 6 Jahre oder darüber beträgt, soll nach §. 60 den Verlust der staatsbürgerlichen und gemeindebürgerlichen Rechte, sowie der Fähigkeit zur Wiedererlangung derselben, und nach §. 61 die Entmündigung kraft Gesetzes zur Folge haben. Der §. 536 droht also den Ministern wegen Verfassungsverletzungen unbedingt nur infamirende Strafe.

Digitized by Google

1) dem Massepfleger diejenigen Ermächtigungen und Genehmigungen zu ertheilen, die sonst von der Gesammtmasse der Gläubiger zu ertheilen wären.

2) Die Rechnung des Massepflegers zu prüfen und etwaige Erinnerungen dagegen zu machen.

3) Dem Gantanwalt bei Betreibung zweifelhafter Activforderungen der Masse und

4) wenn derselbe gegen Bestimmungen des Gantantheils, bei deren Abänderung die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger betheiligt ist, ein Rechtsmittel ergreifen will, zu berathen, bezirkungsweise in einem aus dem andern Falle zum Prozesse zu ermächtigen.

Da der Gläubiger-Ausschuß nach L. R. S. 1988, 1989 seine Vollmacht nicht über deren Gränzen ausdehnen darf, so folgt aus Obigem, daß derselbe, in seiner gedachten Eigenschaft Namens der Gantmasse ohne Mitwirkung des Gantanwalts in keinem Falle processiren kann.

Was nun insbesondere A. die Rechtsmittel betrifft, welche Namens der Masse ergriffen werden wollen, so hat die Prozeßordnung ausdrücklich den Gantanwalt als denjenigen Repräsentanten des Cridars und beziehungsweise der Masse erklärt, welchem die Initiative zustehe. (Prozeßordnung §. 919.) Er ist zwar an die Zustimmung des Gläubiger-Ausschusses gebunden, wenn er appelliren will; es kann aber gegen den Willen des Gantanwalts vom Ausschusse nicht mittelst Bestellung eines neuen Anwalts das Rechtsmittel ergriffen werden, da der Gantanwalt nicht Bevollmächtigter des Ausschusses ist, vielmehr abweichend von der sonstigen Anwaltsbestellung, vom Gantrichter ernannt, und für das Interesse der Masse besonders in Pflichten genommen wird, somit auch seine Functionen vom Ausschusse nicht ihm entzogen und auf einen Andern übertragen werden können.

Dem Massepfleger ist in seiner in §. 840 der Prozeßordnung bestimmten Instruction eben so wenig eine derartige Befugniß eingeräumt. —

Will nun dessen ungeachtet der Ausschuß ohne den Gantanwalt einen Rechtsstreit übernehmen oder fortsetzen, so kann dieses nur in der Art geschehen, daß die Mitglieder des Gläubiger-Ausschusses, sofern sie selbst Gläubiger sind, als Einzelne diejenige Befugnisse ausüben, welche §. 917 ff. der Prozeßordnung jedem einzelnen Gläubiger einräumen, oder daß sie besondere Vollmacht einzelner Gläubiger zu Ausübung dieser Rechte in deren Namen beibringen. In einem wie in dem andern Falle geschieht aber die Rechtsverfolgung nicht auf Gefahr und Kosten der gesammten Masse, sondern der betreffenden einzelnen Gläubiger. (Vgl. §. 913 der Prozeßordnung).

Man hat zu Vertheidigung einer entgegengesetzten Ansicht sich auf das ältere Recht berufen und weiter geltend gemacht, daß, falls nur der Gantanwalt die Masse vertreten dürfte, es oft unmöglich wäre, den Rechtsstreit in die höhern Instanzen zu devolviren, weil nicht alle Gantanwälte zugleich Obergerichtsprokuratoren seien. —

Hiergegen ist jedoch zu bemerken, und zwar, was den erstern Einwand betrifft, daß in der ältern Prozeßgesetzgebung weder eine Instruction für Gläubiger-Ausschüsse enthalten, noch überhaupt die Bestellung von Gläubiger-Ausschüssen vorgeschrieben war; weshalb überall wo eine solche Bestellung vorkam, die civilrechtlichen Normen über das Mandat angewendet werden mußten. Nach der Praxis erhielt daher der Ausschuß entweder von den Gläubigern, welche ihn erwählt hatten, oder vom Gantrichter mit Genehmigung der Gläubiger seine Instruction. Der Inhalt der Letztern bezeichnete dann die Gränzen seiner Vollmacht, und er durfte dieselbe nicht überschreiten.

Was aber den zweiten Einwand anbelangt, so tritt die vermeintliche Inconvenienz nicht ein. Denn ist der Contradictor nicht selbst Obergerichtsanwalt, so muß er, wenn er vom Gläubigerausschuß zu Ergreifung eines Rechtsmittels ermächtigt wurde, unter Mittheilung der Ermächtigungsurkunde, einen Prokurator bestellen. Ist die Gantmasse dagegen Appellatin, so hat der Gantanwalt kraft Gesetzes (§. 919 Abs. 2 der Prozeßordnung) die Befugniß, den Rechtsstreit Namens der Masse in der höhern Instanz ohne Mitwirkung des Ausschusses fortzusetzen und somit, soweit er von dieser Besorgniß nur mittelst Bestellung eines Prokurators bei dem Obergerichte Gebrauch machen kann, den Prokurator ebenfalls selbst zu bevollmächtigen. —

B. Hinsichtlich der Geständnisse, welche ein Gantanwalt ablegt, findet ein auf §. 148 der Prozeßordnung gestützter Widerruf durch den Gläubigerausschuß, als Solchen, aus dem schon erwähnten Grunde, weil nämlich der Gantanwalt nicht als Bevollmächtigter des Ausschusses anzusehen ist, nicht statt. — Der Contradictor hat durch das Gesetz (vergl. §§. 829, 865, 872, 876, 878 der Prozeßordnung) ausdrücklich die Befugniß erhalten, verbindliche Geständnisse statt des Cridars abzulegen, und wird nach §. 829 namentlich noch besonders verpflichtet, sich über jede einzelne Forderung nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung, also mit Beseitigung aller derjenigen Weiterungen, welche sonst wohl von Schuldnern zu Bekämpfung der Ansprüche ihrer Gläubiger angewendet werden können, auszusprechen. Aus guten Gründen hat daher der §. 872 in dem, allen Gläubigern gemeinschaftlichen Interesse einer schleunigen, das Anwachsen bedeutender Prozeß- und Masseverwaltungskosten hindernden Justizpflege, den einzelnen Gläubigern nur eine beschränkte Befugniß zu Anfechtung der Geständnisse des Gantanwalts eingeräumt, nämlich nur in so fern, als jene auf einem thatsächlichen Irrthume oder auf einer Unwahrheit beruhen. Das Gesetz hat zugleich aber dem Gläubiger, welcher einen solchen Widerruf unternehmen will, die Beweispflicht seiner desfallsigen Behauptung auferlegt. —

Will nun der Gläubiger-Ausschuß, in dessen gesetzlicher Vollmacht, wie aus dem früher Bemerkten, ersichtlich ist, die Befugniß zum Widerruf Namens der Masse nicht aufgenommen wurde, dessen ungeachtet mittelst eines Solchen dem Contradictor gegenüber auftreten, so kann dieses nur in so weit geschehen, als die Mitglieder des Gläubigerausschusses entweder, soweit sie einzelne Gläubiger sind, ihre persönlichen Rechte, als solche, auf eigene Gefahr und Kosten gemäß §. 872 der Prozeßordnung geltend machen, oder, sofern sie besondere Vollmacht anderer einzelner Gläubiger hiezu erhalten, nun, gleich diesen, auf deren Gefahr, rechten. Das Gleiche gilt von dem, im Wesentlichen nur zu Verwaltungshandlungen bevollmächtigten Massepfleger. — Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 9. Karlsruhe den 27. Februar 1841.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall.

Steht dem mit der Vernehmlassung auf eine Klage ausgeschlossenen Beklagten das Recht zu, nunmehr innerhalb der Widerherstellungsfrist anstatt der Vernehmlassung die verzögerlichen Einreden des §. 296. 297. der PO. zu erheben, ohne sich wenigstens nach §. 297. eventuell einzulassen.

Wie ist die Vorschrift des §. 297. der PO. zu verstehen, daß die verzögerlichen Einreden von der Einlassung auf die Klage unter andern dann befreien, wenn ihr Grund aus der Klage selbst hervorgeht.

Auf eine Klage, welche mehrere Erben eines Verstorbenen auf den Grund anstellten, daß der Beklagte auf Bestellung Blechnerarbeiten im Betrag von 553 fl. erhalten habe, versäumte der Beklagte die Einlassung, ward damit ausgeschlossen, und wurde zur Bezahlung der eingeklagten 553 fl. verurtheilt.

Im Lauf der 14tägigen Wiederherstellungsfrist reichte nunmehr der Beklagte eine Eingabe ein, worin er um Wiederherstellung bat, und schützte zugleich die Einrede des unvollständigen und dunkeln Klagevortrags vor, indem er anführte: die Klage enthalte nicht die nähere Benennung der klägerischen Erben, und bezeichne weder die geleisteten Blechnerarbeiten, noch die angebliche Bestellung derselben auf eine solche Weise, daß er sich auf die Klage einlassen könne.

Nichtsdestoweniger ward die gebetene Wiederherstellung alsbald verworfen, und das ergangene Erkenntniß in der Hauptsache bestätigt. Dagegen ergriff der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation, jedoch ward auch in dieser Instanz das ergangene Urtheil bestätigt, indem man mit dem Unterrichter annahm, daß der Beklagte seiner Pflicht, der Wiederherstellungsbitte den Partheivortrag der Einlassung auf die Klage anzuschließen, nach §. 659. der PO. nicht nachgekommen sein, und daß seine Einrede des unvollständigen und dunkeln Klagevortrags nicht für in Rechten begründet erachtet werden könne, er sich also nach §. 297. der PO. wenigstens eventuell habe einlassen müssen.

Dieser Entscheidung konnte ich nicht zustimmen, und erlaube mir, meine entgegenstehende Ansicht um so mehr auszuführen, als sie mir hinsichtlich der Auslegung des §. 297. der PO. eine über den besondern Rechtsfall hinausgehende allgemeinere Bedeutsamkeit zu haben scheint, und als die strenge Auslegung des §. 659. der PO, wornach der Beklagte bei einmaliger Versäumung der Einlassung des Rechts der §. 296. 297., verzögerliche Einreden unter Befreiung von der Einlassung vorzutragen, schlechthin verlustig sein, eine zu weit gehende zu sein scheint.

Die uranfängliche Feststellung der wesentlichen Voraussetzungen eines rechtsbeständigen Verfahrens und die unzweifelhafte Sicherstellung der einer Klage unterliegenden Thatsachen ist für den gesammten Rechtsstreit so bedeutend, daß das Prozeßgesetz hierauf von Anfang an großes Gewicht legen muß. Unsere PO. thut dieses auch in einer ausreichenden Weise, indem sie z. B. dem Richter nach §. 91. das Recht giebt, von vornen herein und von Amtswegen für die Berichtigung des Legitimationspunkts besorgt zu sein, und indem sie im §. 248. dem Richter die Pflicht auferlegt, durch zweckmäßige Fragen oder selbst schriftliche Vorbescheide — Verwerfung der Klage angebrachtermaßen — eine undeutliche oder unvollständige Klage zu verbessern und zu ergänzen.

Hätte jedoch die PO. diese ihre Absicht allein dem Richter zur Durchführung überlassen, so würde sie ihren Zweck, unnütze Rechtsstreite zu verhindern, und undeutlichen oder unvollständigen Klagen von Anfang an entgegenzuarbeiten, selbst auf eine nur unvollständige Weise erreicht haben. Die Partheien haben begreiflicherweise von Anfang an eine bessere und genauere Kenntniß der ihrem Rechtsstreit unterliegenden Verhältnisse, sie können daher von vornen herein deren Deutlichkeit, Vollständigkeit und Nothwendigkeit besser würdigen, und deßhalb mußte dem Beklagten mit vollem Fug und Recht im §. 290. das Recht

Digitized by Google

ertheilt werden, in den Rechtsstreit nicht alsbald durch Einlassung auf die Klage einzutreten, sondern diejenigen verzögerlichen Einreden unter einstweiliger Befreiung von der Einlassung vorzutragen, welche dahin führen, einen in seinen Thatsachen deutlichen und vollständigen Rechtsstreit einzuleiten. Wenn nun auch dieser Vortrag solcher Einreden vor der Einlassung dem Beklagten nicht besonders aufgegeben wird, so ist er doch in der auf die Klage ergangenen Ladung damit enthalten, daß ihm aufgegeben ist, alle Schutzreden, deren er sich bedienen will, vorzubringen. Der §. 296. der PO. giebt einmal dem Beklagten das Recht, dergleichen verzögerliche Einreden gesondert von der Einlassung vorzutragen und ihr gesonderter Vortrag auf die Klage ist daher ein Partheivortrag des Beklagten gerade so gut als wie die Einlassung selbst.

Hat aber der Beklagte die Frist zur Einlassung verstreichen lassen, und ist deßhalb das geeignete Versäumungserkenntniß gegen ihn ergangen, so frägt es sich, ob er nun in der gesetzlichen Wiederherstellungsfrist noch ferner des Rechts des alleinigen Vortrags verzögerlicher Einreden theilhaftig oder verlustig ist, ob er sich nunmehr von der Einlassung nicht mehr befreien, und nur seine verzögerlichen Einreden in Verbindung mit der Einlassung und mit seinen andern zerstörlichen Einreden vorbringen darf.

Zur Bejahung dieser Frage führt man an, daß ihm bei einmal eingetretener Versäumung der Einlassung auf die Klage nach §. 659. die Wiederherstellung nur dann ertheilt werde, wenn er mit der Wiederherstellungsbitte den Vortrag beibringe, mit dem er ausgeschlossen sei. Nun sei er aber nicht mit dem Vortrag der verzögerlichen Einreden ohne Einlassung auf die Klage ausgeschlossen, sondern er sei mit dem Vortrag seiner Einlassung sowie aller seiner Schutzreden ausgeschlossen, er müsse daher alles dieses in seinem Vortrag umfassen, und bringe er allein nach §. 296. seine verzögerlichen Einreden vor, so bringe er nicht den gesammten Vortrag ein, mit dem er ausgeschlossen sei, und non fieri nec legitime fieri, unum idemque est.

Ich kann mich davon nicht überzeugen.

Es mag zwar richtig sein, daß der Beklagte auch mit der Einlassung auf die Klage ausgeschlossen ist, allein er ist eben so gut auch mit dem Vortrag seiner verzögerlichen Einreden ausgeschlossen worden. Dieser sein Vortrag und zwar ohne Verbindung mit der Einlassung ist ihm unter den Bedingungen des §. 296. erlaubt und ist also ein gesetzlich zulässiger Vortrag auf die Klage. Nun liegt es aber im Wesen der Wiederherstellung, daß sie gänzlich erfolgt, d. h. daß sie die Parthie ganz in den Stand herstellt, welchen sie vor der Versäumung hatte. Gab das Gesetz der Parthie das Recht, auf eine Klage einen eigenthümlichen Vortrag zu halten, welcher zwar der ergangenen richterlichen Auflage nicht gänzlich entsprach, welcher aber vom Gesetz für zulässig und der ergangenen richterlichen Auflage in ihrer Gesammtheit zwar ausweichend, aber doch hinsichtlich ihrer stellvertretend erachtet wird, so muß sie dieses Recht trotz ihrer Versäumung noch haben und so lange besitzen, als man nicht aus dem Gesetze nachweisen kann, daß dieses besondere Recht bei seiner ersten Versäumung schlechthin verloren, und die Parthie dagegen nicht mehr wiederherzustellen ist. Davon ist aber in der PO. nichts ersichtlich. Der §. 659. der PO. beschreibt insbesondere den Vortrag, den die Parthie mit ihrer Wiederherstellungsbitte beibringen muß, nicht näher, sondern läßt ihn im §. 660. so und mit der Verfügung zu, welche darauf ohne die Versäumung zu ertheilen gewesen wäre. Hätte die Parthie den Vortrag nach §. 296. alsbald eingegeben, so wäre er zulässig gewesen, und er muß deßhalb auch bei seiner Versäumung noch zulässig sein, wenn die Parthie die gehörige Wiederherstellungszeit eingehalten hat, indem nach § 653. die Versäumung einer Prozeßhandlung nur die Folgen hat, welche in den Gesetzen bestimmt sind, irgend eine Bestimmung des Gesetzes aber, daß der alleinige Vortrag der verzögerlichen Einreden nicht mehr gut zu machen ist, wenn er einmal versäumt wurde, nicht besteht. Es wird ja dem Beklagten im §. 296. das Recht ertheilt, in der zur Verhandlung der Klage bestimmten Tagfahrt die Einlassung zu verweigern. Er hat also das Recht, der richterlichen Anflage nicht zu entsprechen, und kann dieses Rechts nicht verlustig werden, wenn er die Tagfahrt versäumte, aber in gehöriger Frist um Wiederherstellung bat. Zudem bestimmt der §. 297. das Vorbringen der verzögerlichen Einreden näher. Er will sie gleichzeitig vorgetragen haben, was aber bei der Wiederherstellung auch geschehen kann. Er bestimmt sodann ihre Wirkung näher, und wenn er nun bei dem Mangel der dort angeführten Voraussetzungen vorschreibt, daß alsdann der Beklagte sich wenigstens eventuell einlassen müsse, so wäre hier der Platz gewesen, für die verzögerlichen Einreden, welche versäumt sind, diese eventuelle Einlassung ebenfalls vorzuschreiben, wenn sie in der Absicht des Gesetzgebers gelegen wäre.

Ohnedies ist das Wesen der verzögerlichen Einreden nicht so beschaffen, daß man allen Grund hat bei dem Stillschweigen des Gesetzes dasselbe dahin auszulegen, daß bei einmaliger Versäumung des Vortrags nach §. 296. ihr alleiniger Vortrag unzulässig sei, und sie nur mit der Einlassung auf die Klage vorgebracht werden dürfen. Es mag sein, daß diese verzögerlichen Einreden auch zur böslichen Verzögerung des Rechtsstreits benützt werden können. Es giebt aber auch sehr wohl begründete verzögerliche Einreden, welche eine erschöpfende Einlassung auf die Klage als unmöglich, oder jede Antwort als unnütz darstellen, und bei so beschaffenen

Digitized by Google

verzögerlichen Einreden ist es gewiß keine angemessene Auslegung des Gesetzes zu nennen, wenn man doch solche unmögliche oder unnütze Einlassungen auf eine Klage erzwingen, und wenn auch nur eventuell anfordern will.

Die Meinung, daß man bei einmaliger Versäumung der verzögerlichen Einreden des §. 296. sich nicht mehr von der Einlassung von der Klage befreien könne, geht aber auch noch in doppelter Beziehung über den hier unterstellten Fall der einfachen Versäumung und über den Fall der verzögerlichen Einreden hinaus.

Die einfache Versäumung und Wiederherstellung nach §. 658. ist von der Versäumung und Wiederherstellung aus Gründen nach §. 661. in nichts als eben in den Gründen der Wiederherstellung verschieden, und wenn nun eine Parthie ihre Krankheit oder Abwesenheit als den Grund nachweist, warum sie ihre wohl begründeten verzögerlichen Einreden nicht alsbald habe vortragen können, und jetzt unter ihrem Vortrag ohne die unmögliche Einlassung auf die Klage um Wiederherstellung bittet, so wäre es gewiß unrecht, ihr die Wiederherstellung wegen der nicht mit vorgetragenen Einlassung zu versagen, welche sie doch als unmöglich oder unnütz erwiesen hat. Will man aber hier den Beklagten wiederherstellen, so muß man ihn auch bei seiner einfachen Versäumung wiederherstellen, denn in Beziehung auf die andern Bedingungen der Wiederherstellung sind beide Versäumungen gleich, oder wenn man einen Unterschied zumal in den damit zu verbindenden Partheivorträgen machen will, so wird man unten nachweisen, daß darin die einfache Versäumung und Wiederherstellung des §. 658. 660. eher günstiger gestellt ist, als die aus Gründen nach §. 661. 662.

Nicht nur verzögerliche Einreden befreien aber unter Umständen von der Einlassung auf die Klage, sondern es kann sich auch der Beklagte nach §. 300. durch den alleinigen Vortrag zerstörlicher Einreden von der Einlassung auf die Klage befreien, und wenn man nun annimmt, daß bei einmaliger Versäumung auf die Klage der verzögerlichen Einreden des §. 296. nicht mehr allein vorgetragen, sondern nur in wenigstens eventueller Verbindung mit der Einlassung auf die Klage vorgebracht werden können, so muß man ganz dasselbe auch für den §. 300. annehmen, und daher dem Beklagten das Recht verweigern, seine noch so begründete zerstöreliche Einrede dem Kläger als prozeßhindernd entgegen zu setzen, obschon man dafür so wenig als für die verzögerlicher Einreden eine Vorschrift der PO. nachweisen kann, daß das Recht des §. 300. durch die erste Versäumung der Einlassung auf die Klage verloren gehe.

Auch dazu giebt es keinen Grund, und dann giebt es bei der Rechtsähnlichkeit der Verhältnisse auch für die verzögerlichen Einreden keinen Grund, ihren alleinigen Vortrag ohne die Einlassung auf die Klage nach versäumter Antwort auf die Klage zu versagen, und in so fern sie den Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens rügen, so müssen sie wenigstens nach §. 308 der P.O. zugelassen werden, indem man das einfache Versäumungserkenntniß, gegen welches innerhalb der gehörigen Frist um Wiederherstellung gebeten ist, nicht als ein Endurtheil wird ansehen dürfen.

Hiernach wird man wohl annehmen dürfen, daß dem säumigen Beklagten die Widerherstellung gegen das Versäumungserkenntniß nicht verweigert werden kann, wenn er innerhalb der gesetzlichen Frist darum bittet, und dabei ohne Einlassung auf die Klage nur solche verzögerliche Einreden vorträgt, welche geeignet sind, ihn nach §. 297 der P.O. auch von der eventuellen Kriegsbefestigung zu befreien. Allein es entsteht jetzt die Frage, wie diese verzögerlichen Einreden beschaffen seyn müssen, um die Befreiung von der Einlassung auf die Klage, wenn auch nur eventuell herbeizuführen.

Bei der Beantwortung dieser Frage wird man nun vor allen Dingen den Satz aufstellen dürfen, daß durch die Versäumung der Einlassung auf die Klage eine veränderte Beschaffenheit der verzögerlichen Einreden der §§. 296, 297 der P.O. nicht hervorgerufen werden kann. Entweder muß man annehmen, daß der säumige Beklagte überhaupt nicht mehr sich auf den alleinigen Vortrag verzögerlicher Einreden beschränken kann, oder aber, wenn man dieses nicht annehmen will und darf, so muß man anerkennen, daß er auch bei der Versäumung auf die Klage und bei seiner Widerherstellungsbitte gerade die gleichen verzögerlichen Einreden und mit der gleichen Befreiung von der Einlassung vortragen darf, als wie er sie mit dieser Wirkung ohne Versäumung der Frist zur Beantwortung der Klage alsbald hätte vorbringen können, denn es ist wohl ein ganz allgemein richtiger Satz der Auslegung der P.O., daß zwar durch die Versäumung einer Prozeßhandlung ihre fernere Zulassung in Frage gestellt werden kann, daß aber, in so fern nicht besondere Vorschriften des Gesetzes darüber bestehen, die versäumte Prozeßhandlung für den Fall, wo dagegen eine Widerherstellung zugelassen wird, eine Veränderung ihrer Beschaffenheit nicht erhalten kann, sondern daß sie ganz so und dergestalt zugelassen werden muß, als wie sie ohne die eingetretene Versäumung zulässig gewesen wäre. Nirgends besteht aber eine Vorschrift der P.O., welche die Zulässigkeit der verzögerlichen Einreden, wenn sie nicht in der Frist zur Beantwortung der Klage vorgetragen werden, in der Art und Weise ihrer Beschaffenheit und ihrer Wirkung verändert, und wenn also der Beklagte verzögerliche Einreden vorbringt, deren Beweis

Digitized by Google

er alsbald mit Urkunden herstellt, oder doch wenigstens antritt, oder deren Beweislast den Kläger selbst trifft, so wird er auch bei ihrer ersten Versäumung doch wiederhergestellt werden müssen, und es wird von ihm die Einlassung auf die Klage nicht verlangt werden können, weil er bei dieser Beschaffenheit der verzögerlichen Einreden nach §. 297 der P.O. auch von der eventuellen Einlassung auf die Klage befreit ist.

Ja man wird selbst bei den dem Beklagten zu Beweis aufliegenden verzögerlichen Einreden aus ihrem ohne Beweisantretung geschehenen Vortrag die Widerherstellung vielleicht nicht so geradezu verwerfen dürfen, denn nach §. 297 der P.O. befreien auch die vom Kläger zugestandenen verzögerlichen Einreden von der Einlassung auf die Klage. Der Beklagte kann aber das Geständniß des Klägers nicht alsbald selbst vorbringen, sondern der Kläger ist über die so vorgetragenen verzögerlichen Einreden zu hören, und erst dann könnte die Widerherstellung versagt werden, wenn der Kläger die vorgetragenen verzögerlichen Einreden läugnet.

Es bleiben nun noch die verzögerlichen Einreden übrig, deren Grund aus der Klage selbst hervorgeht, und diesen Ausdruck des §. 297 der P.O. will man dahin auslegen, daß darunter nur die verzögerlichen Einreden zu verstehen seyen, welche vom Richter als in sich richtig und in Rechten begründet alsbald erachtet werden müssen. Das scheint mir aber nicht der Fall zu seyn.

Alle Einreden gegen eine Klage müssen an sich richtig und in Rechten begründet seyn, um von dem Anspruch der Klage für immer oder nur für eine Zeit befreien zu können. Daß sie dieses aber alsbald und von vornen herein seyn müssen, um auch nur vor dem Richter zugelassen werden zu können, das ist nirgends und auch nicht im §. 297 vorgeschrieben. Die vom Beklagten zu Beweis hergestellten, oder angetretenen verzögerlichen Einreden, die vom Beklagten vorgebrachten dem Kläger zu Beweis aufliegenden verzögerlichen Einreden können sich später sehr wohl als an sich unrichtig und nicht im Rechten begründet darstellen. Die Beweisantretung kann sich alsbald als unerheblich bezeigen, und doch wird man zugeben müssen, daß entweder darauf hin Verhandlungen einzuleiten, oder daß doch wenigstens, wenn sie alsbald zu verwerfen sind, ihre Wirkung der Befreiung von der Einlassung auf die Klage zuzulassen, und dem damit abgewiesenen Beklagten die Einlassung jetzt wieder aufzugeben ist. Warum sollten nur die ihren Grund aus der Klage entnehmenden verzögerlichen Einreden anders beschaffen seyn müssen? Warum sollten sie allein nur dann von der Einlassung auf die Klage alsbald befreien, wenn sie auch vom Richter sogleich als in sich richtig und im Rechten begründet erachtet werden? Warum sollten sie gerade diese lästigere Bedingung haben, wo sie gegenüber den andern verzögerlichen Einreden deßhalb eher zu begünstigen und daher leichter zuzulassen sind, weil sie, als aus der Klage entnommen, eine Antwort auf die Klage enthalten, und eben deßhalb keine weitere Verhandlung mehr bedürfen, sondern vom Richter zwar alsbald verworfen, aber doch nur mit der Beschränkung abgewiesen werden können, daß nunmehr dem Beklagten, wie bei seinen andern ebenfalls verworfenen verzögerlichen Einreden die Einlassung auf die Klage wiederholt aufgegeben wird. Gerade weil diese verzögerliche Einreden aus der Klage geschöpft sind, sich also auf die der Klage zu Grund liegenden Thatsachen beziehen, kann man ja sehr wohl sagen, daß sie eine ungenügende, unbestimmte oder ausweichende Einlassung auf die Klage darstellen, und dann darf der Vortrag nicht zurückgewiesen, die Wiederherstellung darf nicht versagt werden, sondern der Richter hätte nach §. 289 der P.O. die vollständigere Einlassung dem Beklagten eher aufzugeben, als die Wiederherstellung zu verweigern, und das ergangene Versäumungserkenntniß da zu bestätigen, wo gegen die Verwerfung dieser Einreden unter den Voraussetzungen des §. 302 eine Appellation zulässig ist, und wo man auch gegen das bestätigte Versäumungserkenntniß alsdann zugleich mit appelliren kann, weil eben in dem Vorbringen der aus der Klage entnommenen verzögerlichen Einreden keine Versäumniß, sondern nur eine unvollständige Beantwortung vorliegt, die man eben in das Gewand einer verzögerlichen Einrede eingekleidet hat.

Die Prozeßordnung versteht aber unter dem Grund einer Einrede so wenig als unter dem Grund einer Klage den materiellen Rechtsgrund, sondern nur den thatsächlichen Grund. Im §. 247 spricht die Prozeßordnung von den Thatsachen, die den Ansprüchen des Klägers zu Grunde liegen, im §. 1105 wird von Thatsachen gesprochen, durch welche die Klage begründet werden soll. Im §. 364 wird von den einer Einrede zu Grunde gelegten Thatsachen gesprochen, oder im §. 363 von dem thatsächlichen Grund einer Einrede. So geht es durch die ganze P.O. durch, und wenn man nun unter dieser Voraussetzung den Ausdruck des §. 297, wenn ihr Grund aus der Klage hervorgeht; oder des §. 296, wenn sie gegründet sind, betrachtet, so wird es viel richtiger, und dem ganzen Sprachgebrauch der P.O. angemessener seyn, wenn man dabei nicht an dem materiellen Rechtsgrund der verzögerlichen Einrede, nicht an ihre rechtliche Begründetheit, sondern nur an ihre thatsächliche Begründung, wenn man daran denkt, daß sie, wie überhaupt die Einreden auch solche Thatumstände enthalten und dem Richter vorlegen müssen, aus denen der Schluß gezogen wird, daß man auf die Klage nicht antworten könne, daß es unnütz seye, darauf zu antworten, daß ihre wesentlichen Voraussetzungen des Verfahrens ermangeln. Davon ausgegangen, ist also eine verzögerliche Einrede, deren

Digitized by Google

Grund aus der Klage hervorgeht, keine solche, welche sich aus der Klage in ihrer materiellen Rechtsbegründung alsbald als richtig und in Rechten begründet ergiebt, sondern sie ist nur eine solche, welche die ihr zum Grund unterliegende Thatsache aus dem Inhalt, aus der Fassung der Klage entnimmt und schöpft. Wenn eine Klage anführt, vermöge eines Vertrags ist mir Beklagter 100 fl. schuldig, so ist die daraus entnommene Einrede des unvollständigen Klagevortrags aus dem Vortrag der Klage entnommen; wenn die Klage anführt, die Erben des Verstorbenen haben an den Beklagten 100 fl. zu fordern, so geht der Grund der Einrede des dunkeln Klagevortrags aus der Klage hervor, und ob diese Einrede an sich richtig und materiell begründet ist oder nicht, ist vor der Hand gleichgültig, genug ist, daß sie aus dem Inhalt der Klage hervorgeht. Dann ist aber auch eine solche verzögerliche Einrede, welche die ihr unterliegende Thatsache aus der Klage und ihrem Inhalt entnimmt, welche z. B. behauptet, daß dieses oder jenes Vorbringen des Klägers undeutlich oder unvollständig seye, auch dann noch eine verzögerliche Einrede, deren Grund, d. h. deren Ursache aus der Klage hervorgeht, obschon der Richter eine Undeutlichkeit oder eine Unvollständigkeit nicht erblickt. Der Richter kann sie deshalb alsbald verwerfen, das kann man zugeben. Allein er kann nicht sagen, sie ist keine solche verzögerliche Einrede, deren thatsächlicher Grund aus dem Inhalt der Klage entnommen ist, und wenn er dieses nicht sagen kann, so darf er ihr die Befreiung von der Einlassung nicht verweigern, sondern er kann sie nur sogleich verwerfen, muß aber dabei dem Beklagten neu aufgeben, sich nunmehr auf die Klage einzulassen.

Ist dieses der Fall, so kann aus dem Umstand, daß der Beklagte sich hätte mit der Vernehmlassung auf die Klage ausschließen lassen, wie schon gezeigt, eine Veränderung der Lage und der Rechte des Beklagten nicht folgen, sondern die mit der Bitte um Wiederherstellung gegen die Versäumung auf die Klage vorgetragene verzögerliche Einrede ist nunmehr unter Wiederherstellung des Beklagten zuzulassen oder zu verwerfen, und letzteren Falls dem Beklagten unter Vermeidung des Rechtsnachtheils des §. 253 die Einlassung auf die Klage wiederholt aufzugeben. Es ist zwar dieses letztere bei der Verwerfung der verzögerlichen Einreden nicht ausdrücklich vorgeschrieben, allein es folgt dieses eines Theils aus der Natur der Sache, indem das Vorbringen von verzögerlichen Einreden eine Art Zwischenverhandlungen herbeiführt, nach deren Erledigung wieder auf die Hauptverhandlung und zwar alsdann auf die noch fehlende Einlassung auf die Klage zurückgekommen werden muß, und anderntheils ist dieses bei den hinsichtlich der Wirkung der Prozeßverhinderung mit den verzögerlichen Einreden ganz gleichen zerstörlichen Einreden des § 300, 301 da vorgeschrieben, wo bei ihrer Verwerfung als prozeßhindernd der Beklagte angewiesen wird, in der Hauptsache zu antworten, was denn auch wegen der Gleichheit der Einreden in dieser Beziehung bei den verzögerlichen Einreden geschehen muß. Daß übrigens daraus eine Verschleifung des Rechtsstreites entstehe, läßt sich nicht sagen, denn da die verzögerlichen Einreden nach §. 297 gleichzeitig vorgetragen werden müssen, so kann nur eine einmalige Vorbringung derselben unter Verweigerung der Einlassung auf die Klage geschehen, und da sie, ob zugelassen oder verworfen, jedenfalls zur Verdeutlichung und Vereinfachung des Rechtsstreits führen, so wird dieser erreichte Zweck wohl eine einmalige neue Frist zur Beantwortung der Klage aufwiegen.

Gerade bei der einfachen Versäumung und Widerherstellung des §. 658, 659 der P.O. wird auch die Widerherstellung des allein verzögerliche Einreden vortragenden Beklagten selbst dann, wenn sie alsbald verwerflich erscheinen, um so weniger verweigert werden können, als diese Widerherstellung nach §. 659 nicht die Erheblichkeit des mit ihr verbundenen Partheivortrags verlangt, wie dieses bei der Widerherstellung aus Gründen nach §. 662, 663 der P.O. verlangt wird, und als demnach jeder an sich zulässige Partheivortrag ganz abgesehen von seiner Erheblichkeit und Begründetheit die Widerherstellung auf eine einfache Versäumung herbeiführt.

Aus allem dem wird man annehmen dürfen, daß auch in dem Fall, wo der Beklagte die Einlassung auf die Klage versäumt hat, er doch noch mit seiner einfachen Widerherstellungsbitte des §. 658, 659 den alleinigen Vortrag verzögerlicher Einreden ohne Einlassung auf die Klage dann verbinden kann, wenn diese Einreden so beschaffen sind, daß sie ihn nach §. 297 von der Einlassung befreien, und daß diese verzögerliche Einreden ihn unter andern alsdann von der Einlassung befreien, wenn ihr Grund aus der Klage hervorgeht, d. h. wenn sie ihre ihnen unterliegenden Thatsachen aus dem Inhalt und der Fassung der Klage entnehmen und schöpfen.

Im vorliegenden Rechtsfall lag nur eine einfache Versäumung vor. Die vorgetragenen verzögerlichen Einreden giengen aus der Klage hervor, waren aus ihrer Fassung entnommen, und eben deßhalb hätte die Wiederherstellung erfolgen sollen, und wenn man sie auch alsbald verwerfen wollte, so mußte doch dem Beklagten nunmehr die Einlassung auf die Klage aufgegeben werden.

Sandee.

II.

Etwas über Mundtodtmachung.

Man liest nicht selten in den öffentlichen Blättern des Landes Bekanntmachungen der Aemter, wornach sie einer

Digitized by Google

Person auf ihr Ansuchen einen Rechtsbeistand bestellen, ohne dessen Mitwirkung der Betreffende nicht rechten und nicht die im L.R.S. 513 benannten Rechtsgeschäfte vornehmen darf.

Obschon nun die Selbstverläugnung eine sehr löbliche Tugend ist, so scheint sie mir doch nicht so weit getrieben werden zu dürfen, daß Jemand sich vor der öffentlichen Behörde selbst der Verschwendung anklagen, und bitten darf, seiner Verschwendungslust dadurch ein Ziel zu setzen, daß man ihm einen Beistand verordne. Ich sollte meinen, daß man ihm zumuthen könnte, seine Verschwendung lieber selbst zu unterlassen, wenn er noch so viel Einsicht hat, daß sie zu schlimmen Dingen führt, anstatt daß er nur bittet, ihm einen Andern beizuordnen, der seine Verschwendung zügelt und ihm ungefährlicher macht.

Es kann auch nach den bestehenden Gesetzen nicht bezweifelt werden, daß eine solche Mundtodtmachung auf den alleinigen und selbstigen Antrag des zu Entmundigenden rechtlich nicht geschehen darf. Schon nach dem VI. Konst.-Edikt kann die in der Mundtodtmachung des §. 30 liegende Beschränkung des Gebrauchs der Staatsrechte nicht von dem Verschwender selbst erbeten werden, sondern sie ist eine Folge des von Amtswegen geschehenden Einschreitens der Polizeibehörde. Wenn man nun auch annimmt, daß das Landrecht im L.R.S. 513—515 dieses von Amtswegen geschehende Einschreiten aufgehoben hätte, so führt es dafür sicherlich nicht das Recht des Verschwenders ein, für sich und aus sich allein die Mundtodtmachung des ersten oder zweiten Grades nachzusuchen, sondern diese Mundtodtmachung geschieht nach L.R.S. 514 auf das Nachsuchen eines Andern, und zwar Jenes, der das Recht hat, auf die Entmündigung eines Andern anzutragen. Nach L.R.S. 490 kann aber jeder Verwandte und der Ehegatte auf Entmündigung antragen, also auch nach L.R.S. 514 auf Mundtodtmachung. Der zu Entmündigende, der Wahnsinnige oder Blödsinnige kann die Entmündigung nicht selbst nachsuchen, also auch der Verschwender nicht seine Mundtodtmachung. Nach L.R.S. 491 kann aber auch der Kronanwalt die Entmündigung von Amtswegen nachsuchen, und da wir in bürgerlichen Rechtsdingen einen Kronanwalt nicht besitzen, so wird man schon deshalb und in Berücksichtigung der Rechtsbelehrung vom 4. Dec. 1811 anzunehmen haben, daß die Vorschrift des VI. Konst.-Edikts auch unter dem Landrecht noch fortdauert, und daß daher die geeignete Polizeistelle, d. h. das Amt fortan von Amtswegen eine Entmündigung aussprechen, folgeweise auch die Mundtodtmachung von Amtswegen vornehmen darf *). Zu einer solchen von Amtswegen geschehenden Mundtodtmachung kann nun allerdings der betreffende Verschwender selbst beitragen. Er kann sich die Mundtodtmachung ohne Widerrede gefallen lassen. Ja er kann im Gefühl seiner Schwäche das Amt selbst darauf aufmerksam machen, daß es seine Einschreitung von Amtswegen vornehmen möge. Aber daß er, gleichwie sein Vater oder sein Ehegatte den förmlichen Antrag auf seine Mundtodtmachung stellt, und daß nun das Amt auf sein Ansuchen hin und unter Genehmigung desselben die Mundtodtmachung ausspricht, das kann nicht geschehen. Niemand kann auf den durch seine Volljährigkeit erlangten unbeschränkten Gebrauch seiner bürgerlichen Rechte für sich und freiwillig verzichten. Ein solcher selbsteigener freiwilliger Verzicht wäre es aber, und ist es, wenn ein Amt auf ein Ansuchen des Verschwenders, und nur auf dieses Ansuchen die Mundtodtmachung ausspricht. So wenig ein Amt in Polizei- oder peinlichen Strafsachen ein Erkenntniß geben kann: „wird der A. auf sein Ansuchen wegen unerlaubten Schießens oder wegen Diebstahls zu einer Strafe von 5 fl. verurtheilt“ — eben so wenig kann es seine Mundtodtmachung an das Ansuchen des Verschwenders selbst knüpfen. Der Verschwender, der die Mundtodtmachung nur auf sein Ansuchen erhalten hat, könnte nach dem hier anwendbaren Satz — cessante causa cessat effectus — seine Mundtodtmachung zu jeder Zeit durch Widerruf seines Ansuchens wieder aufheben, und wenn ein solcher auf sein Ansuchen mundtodt gemachter Verschwender irgend ein Rechtsgeschäft ohne den ihm verordneten Beistand abschließt, so wäre es sehr zu bezweifeln, ob der bürgerliche Richter bei Anfechtung der Gültigkeit dieses Rechtsgeschäfts dasselbe für ungültig erklärt, und ob er annimmt, daß die auf das Ansuchen des Verschwenders geschehene Mundtodtmachung irgend eine rechtliche Wirkung des L.R.S. 513 besitze und äußern könne. Um solchen bedenklichen Folgen zuvorzukommen, ist es sicherlich zweckmäßiger und jedenfalls räthlicher, wenn die Aemter bei derlei Anträgen des Verschwenders zwar daraus die Veranlassung nehmen, von Amtswegen einzuschreiten, wenn sie daraufhin Bericht vom betreffenden Gemeinderath erheben, und alsdann für sich und von Amtswegen die Mundtodtmachung aussprechen. So wie die Bekanntmachungen lauten, daß dem A. auf sein Ansuchen ein Rechtsbeistand gegeben werde, ohne den er nicht gültig ein Rechtsgeschäft vornehmen dürfe, liegt eigentlich darin ein Widerspruch und ein Beweis, daß die Mundtodtmachung nicht rechtlich begründet ist, weil jener Verschwender, der selbst alles thut, um nicht zur Verschwendung seines Vermögens zu kommen, sicherlich kein solcher Verschwender ist, dem man in der Verschwendung seines Vermögens Einhalt thun sollte **). Und wenn auch eine

*) Es ist dieß im §. 23 des 2. Einf.-Ed. ausdrücklich verordnet. D. R.

**) Dies möchte ich nicht behaupten. Der Verschwender hat auch seine Zeiten, worin er Reue fühlt und einsieht, daß er bei sich darbietenden Gelegenheiten dem Trunke, dem Spiele oder andern Versuchungen nicht widerstehen kann. In solch' lichten Augenblicken will er daher die vorauszusehenden schwachen Stunden unschädlicher machen. Demohngeachtet bin ich überzeugt, daß die Mundtodtmachung nicht auf den bloßen Willen desjenigen, der mundtodt gemacht werden soll, abhängen kann, daß vielmehr die Behörde, welche die Mundtodtmachung ausspricht, durch eine causa cognitio sich die Ueberzeugung verschaffen muß, daß die Gründe, auf welche das Gesetz die Mundtodtmachung baut, im einzelnen Falle wirklich vorhanden sind. Die Einwilligung Desjenigen, der mundtodt werden soll, und seine Zugeständnisse der Thatsache, welche die Mundtodtmachung begründen, werden das Verfahren erleichtern, eine Verifikation durch Untersuchung jedoch in keinem Falle entbehrlich machen, da es sich hier nicht um Rechte handelt, auf die jeder nach Belieben verzichten kann. D. R.

Digitized by Google

solche Mundtodtmachung auf eigenes Ansuchen des sich selbst der Verschwendung Anklagenden bis jetzt noch nicht zu schlimmen Dingen benutzt worden wäre, so könnte man sicherlich besorgen, daß diese Art der Mundtodtmachung zu argen Mißbräuchen führen könnte, indem der Ansuchende sich entweder dadurch der Wirkung früherer Rechtsgeschäfte zu entladen sucht, oder jedenfalls darin für die Zukunft sich ein Mittel zu Prellereien damit verschafft, daß er, der kein wirklicher und bekannter Verschwender ist, sein sich als sonstiger Haushälter erworbenes Vertrauen zu Rechtsgeschäften mit andern benutzt, welche er alsdann als Mundtodter in ihrer Ungültigkeit anfechtet und umstößt.

Sander.

III.

Forstberechtigung.

(Hofgericht Freiburg.)

Der Großherzogliche Fiskus verlangte in einer beim Hofgerichte Freiburg gegen den Grafen Ph. v. Kageneck als Besitzer des Bleichheimer Lehens erhobenen Klage, daß ausgesprochen werde, es hafte auf dem zu jenem Lehen gehörigen Wald im Steinberg die Last einer jährlichen Abgabe von 36 Klaftern Buchenholz an das Großherzogliche Aerar. Im Klagvortrag wurde angeführt, daß die angesprochene Dienstbarkeit zu Gunsten der in der Nähe gelegenen herrschaftlichen Waldungen, die übrigens nicht näher bezeichnet wurden, bestehe und in frühern Zeiten das Holz an den jeweiligen Oberbeamten zu Kenzingen als dessen Kompetenzholz abgegeben worden sey. Die Klage ward auf Verjährung und Anerkennung gegründet und in ersterer Beziehung als eine dem L.R.S. 691 unterstehende unständige Dienstbarkeit bezeichnet, hinsichtlich der Anerkennung aber der L.R.S. 645 angeführt. Im Beweisverfahren berief sich der klagende Fiskus auch noch auf den §. 104 des Forstgesetzes. Der Beweis ward dem Kläger darüber, daß der Beklagte in dem alleinigen Besitze fraglichen Lehens (beziehungsweise Lehenwaldes) sey, sodann über die behauptete Verjährung und Anerkennung auferlegt. Auf die Behauptung, daß die Dienstbarkeit zu Gunsten der in der Nähe liegenden herrschaftlichen Waldungen (praedium dominans) bestehe, wurde beim Beweiseekenntniß nicht reflektirt.

Das Hofgericht wies den Kläger unter Verfällung in die Kosten ab.

In Beziehung auf den ersten Theil der Beweisauflage will ich nur herausheben, daß, obgleich die Beweisverhandlungen den Beklagten blos als Mitbesitzer und Lehenträger für sämmtliche mitbelehnten Glieder der v. Kageneck'schen Familie darstellten, man gleichwohl nach Ansicht des §. 97 d. P.O. die darauf gegründete Einrede, mehrere Streitgenossen als kein Hinderniß der Verhandlung und Entscheidung gegen den Beklagten erachtete, den weiter auferlegten Beweis aber für mißlungen ansah. Das Detail der Entscheidungsgründe hierüber übergehe ich, da es wenig Interesse darbietet, und beschränke mich auf die Mittheilung der Entscheidungsgründe rücksichtlich zweier von Gerichtshöfen ausgesprochenen Sätze, die wegen ihrer Bestrittenheit es wünschenswerth machen, daß man die Entscheidungen der verschiedenen Gerichtshöfe des Landes kennen lerne. Der eine Satz entscheidet die Frage, ob der Richter befugt sey, einer Partei, welche deutlich und bestimmt ein gewisses Recht in Anspruch nimmt, ein anderes, oder das Recht als ein anderes, als welches sie es nicht begehret hat, zuzusprechen, sofern nicht zu ersterem, wohl aber zu letzterem die Erfordernisse vorhanden wären; auf unsern Fall angewendet, ob die ausdrücklich als Grunddienstbarkeit angesprochene Berechtigung als eine andere Berechtigungsart zugesprochen werden dürfe? — Der zweite Satz betrifft die bekannte Streitfrage über die civilrechtliche Bedeutung des §. 104. des Forstgesetzes. Der hierher gehörige Theil der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe lautet:

„J. E., daß hiernach der dem Kläger auferlegte Beweis mißlungen ist, daß aber dazu noch weiter kommt, daß die Behauptung des Klägers, die angesprochene Dienstbarkeit sey zu Gunsten der benachbarten herrschaftlichen Waldungen bestellt, nicht nur unerwiesen, sondern durch die dem Kläger produzirten Urkunden selbst widerlegt, somit dieser Umstand einer Beweisauflage nicht weiter bedürftig ist, indem darnach die verlangten 36 Klaftern Holz ohne alle nähere Bezeichnung auf ein herrschendes Gut an den jeweiligen Beamten zu Kenzingen zu seinem Gebrauche abgeliefert wurden, daß aber das Daseyn eines herrschenden Guts oder Grundstücks ein wesentliches Erfoederniß der in der Klage in Anspruch genommene Realdienstbarkeit ist (L.R.S. 637 und 688) und der Richter bei dieser Bestimmtheit der Klage hinsichtlich der Eigenschaft des angesprochenen Rechts um so weniger befugt wäre, von der Unterstellung einer andern Gattung der Berechtigung, etwa einer Nutzung, auszugehen, als die rechtlichen Folgen verschieden sind; J. E., daß auch die Berufung auf den §. 104 des Forstgesetzes auch den nur in rechtmäßiger Uebung bestehenden Forstberechtigungen seinen Schutz verheißt, dem Kläger nicht zu statten kommt, da das Forstgesetz, wie aus seinem ganzen hierher gehörigen Inhalte in Uebereinstimmung mit dem Rechte (S. 636 verb. mit 629) hervorgeht, nur den Umfang und die Ausübung der Forstberechtigungen regeln wollte, nicht aber die Absicht hatte, an die civilrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Entstehung solcher Berechtigungen etwas zu ändern, und auch über den Begriff der rechtmäßigen Uebung nichts enthält, somit in beiderlei Hinsicht alles den allgemeinen Rechtsbestimmungen überlassen bleibt? J. E. aber, daß nach dem Landrechte die unständigen Dienstbarkeiten, nur soweit sie auf Vergünstigung beruhen, in rechtmäßiger, d. i. rechtgemäßer Uebung sind, der bloße Besitz ohne dieses Erforderniß aber um deßwillen nicht eine solche rechtmäßige Urbung darstellt, weil er keine Verjährung mehr begründet, sondern nur noch, wo solche Rechte früher durch Verjährung erworben werden konnten, von der Zeit rückwärts von 1810 rechtliche Bedeutung hat; und in Erw. endlich, daß, wenn der §. 104 des Forstgesetzes auch einen andern Sinn hätte, und eine Abänderung des bürgerlichen Rechts hinsichtlich der Erwerbung solcher Berechtigungen bewirkt, nämlich in der rechtmäßigen Urbung eine selbstständige dem Landrechte unbekannte Erwerbungsart aufgestellt hätte, die erst im Beweisverfahren geschehene Berufung hierauf den Vorwurf einer unstatthaften Klagänderung träfe, und darauf folglich schon aus diesem Grunde keine Rücksicht genommen werden könnte.

Digitized by Google

Aus diesen Gründen und nach Ansicht des L.R.S. 544 a. und nach §. 169 d. P O. ist wegen der Kosten wie geschehen (erkannt).

IV.

Entscheidungen in Wechselsachen.

Werth erhalten.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hat neulich in der Sache Mayer gegen Hoffmann entschieden, daß der Ausdruck „Werth erhalten" (ohne nach A.S. 110 zu erwähnen, worin der erhaltene Werth bestand) in einem Wechsel nur in so weit schädlich sey, daß ein solcher Wechsel für sich allein keinen vollen Beweis gebe, die causa debendi vielmehr durch andern Beweis ergänzt werden müsse. Diese Entscheidung wurde durch Art. 1132 des Landrechts gerechtfertigt, wornach ein Vertrag dadurch nicht ungültig wird, daß die Vertragsursache nicht ausgedrückt ist. Jedem Wechsel liegt ein Vertrag (Wechselvertrag, contrat de change) zu Grund, worin der Aussteller sich verbindlich macht, den Wechselbetrag durch eine dritte Person an den Remittenten oder dessen Ordre zahlen zu lassen. Diese Verbindlichkeit wird in den meisten Fällen nur gegen eine Vergütung übernommen, welche der Remittent dem Aussteller entweder gibt oder zu geben verspricht. (Vergl. Pardessus, Cours de droit commercial Nr. 318. Mittermaier deutsches Privatrecht §. 328.) Das Gesetz will, daß in dem Wechsel ausgedrückt sey, auf welche Weise diese Vergütung geschehen ist, versäumt aber beizusetzen, welcher Nachtheil eintrete, wenn diese Vorschrift nicht beobachtet wird? Man hat daher häufig aus dem Ausdruck „muß" im Art. 110 des H.R. die Folgerung gezogen, daß die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift nach Art. 6 k. des L.R. die Nichtigkeit des Wechsels nach sich ziehe. Diese Ansicht verstößt aber gegen den Art. 1132 des L.R., welcher ausdrücklich sagt, die Auslassung der causa debendi in der Vertragsurkunde ziehe nicht die Nichtigkeit nach sich. Der Ausdruck „muß" in dem Art. 110 ist allerdings abweichend von dem französischen Text. Dort heißt es: la lettre de change énonce.

Nach französischem Rechte ist es daher nicht zweifelhaft, daß ein solcher Wechsel als Billet oder simple promesse gelte. (Pailliet, manuel ad Art. 110 nota b Nr. 2; Pardessus, Cours de droit commercial. Nr. 463; Nouguier, des lettres de change. Nr. 33.) Dies hat freilich die Folge, daß nunmehr die Handelsgerichte nicht mehr competent sind, mithin entsteht ein formeller, aber kein materieller Nachtheil.

Sollte man nun bei uns aus der wahrscheinlich unabsichtlichen Veränderung in der Uebersetzung die Folge ableiten können, daß die Urkunde ganz und gar nichtig sey? Dies liegt nicht im Geiste des Gesetzes, denn Art. 112 des H.R. erwähnt den Nachtheil, welchen die Nichtbeobachtung anderer wichtigerer Bestimmungen des Art. 110 zur Folge hat.

Die Urkunde gilt in diesem Fall nur als Handschrift (simple promesse). Eben so wirkt die Unterschrift einer Frau, (die nicht Handelsfrau ist) unter einem Wechsel nur handschriftliche Verbindlichkeit. (Art. 113.) Die Auslassung des Wortes „Ordre" wirkt eben so wenig absolute Nichtigkeit, wiewohl Art. 110 sagt: der Wechsel muß auf Verfügung gestellt seyn — eine solche Urkunde gilt vielmehr als Handelszettel. Art. 195 des H.R. Wenn hieraus hervorgeht, daß der Ausdruck „muß" nicht eine nothwendige Förmlichkeit im Sinne des Art. 6 k. vorschreiben wollte, so wird auch allein nach Art. 1132 des L.R. anwendbar seyn, und daher nur der Nachtheil für den Besitzer eines solchen Wechsels entstehen:

1) daß er die Art der Wertherstattung durch andere Beweismittel, wie z. B. durch seine Handelsbücher ergänzen muß, und

2) daß er auf den Wechsel allein nicht den Wechselprozeß einleiten kann, weil in diesem Falle der Wechsel keine fehlerfreie Urkunde ist. S. P.O. §. 726.

Verliert aber der Besitzer eines solchen Wechsels auch das Recht, auf persönlichen Arrest gegen den Schuldner zu dringen? Verliert er den Rückgriff gegen die Indossanten, im Falle der Nichtzahlung durch den Bezogenen? Oder haften diese ihm sammtverbindlich, wie bei jedem andern Wechsel? Mit einem Wort, gilt eine solche Urkunde als Wechsel oder nur als Schuldschein? Die französischen Schriftsteller scheinen sie für einen bloßen Schuldschein zu halten. Nouguier sagt namentlich: Il ne reste plus qu'une obligation, un mandat civil .... la lettre de change disparait, il n'y a plus qu'une simple promesse. Doch dürfte eine conséquente Anwendung des Art. 1132 des L.R. zu einem andern Resultate führen. Der Vertrag soll durch den Mangel der Erwähnung der Vertragsursache nicht leiden, er bleibt mithin bestehen in seiner vollen Wirksamkeit. Demnach ist der Aussteller verhaftet, wie bei jedem andern Wechsel. Die Indossamente sind nur Uebertrage des aus dem Wechselvertrag erworbenen Rechts, bleiben daher ebenfalls in ihrer vollen Kraft*), sobald der Wechselvertrag durch den angeführten Mangel nicht gelitten hat. Es besteht die Sammtverbindlichkeit aller Indossanten, die Pflicht des Wechselinhabers zum Protest, so wie das Recht der Indossanten sich durch die Einrede des mangelnden Protests gegen die Rückgriffsklage zu schützen. Der Inhaber hat endlich das Recht, persönlichen Verhaft gegen den Schuldner zu verlangen.

Die französischen Gerichtshöfe haben in mehreren Fällen ganz so wie das Großherzogliche Oberhofgericht entschieden, nämlich der Cassationshof in seinem Urtheil vom 30. August 1826. Sirey Recueil tome 27 partie I. pag 155, wo es heißt: wenn die Art der Wertherstattung in dem Wechsel nicht ausgedrückt ist, so ist dieser darum nicht ungültig; es folgt daraus mehr nicht, als daß der Inhaber nachweisen muß, auf welche Weise der Werth erstattet wurde. Eben so wurde entschieden von dem Gerichtshofe in Toulouse den 28. Mai und 4. Juni 1825. Sirey Recueil tome 25. part 2 pag. 308. Das Großherzogl. Oberhofgericht hat auch schon früher in einem ähnlichen Falle entschieden, daß eine unrichtige Werthangabe dem Wechsel nicht schade, wenn nur erwiesen ist, daß demselben eine andere gültige Vertragsursache zu Grunde liege, s. oberhofgerichtliche Jahrbücher neue Folge V. 97.

Dr. Ladenburg.

*) Vorausgesetzt, daß die Indossamente selbst in gesetzlicher Ordnung seyen. Sie sollen nämlich nach A. S. 137 ebenfalls angeben, „wie der Werth berichtigt worden ist." Fehlt es hieran, so wird in Bezug auf das Verhältniß zwischen dem Indossanten und Indossaten das Präjudiz des A.S. 138 nicht außer Acht zu lassen seyn. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 6. März 1841.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über die Herausgabe von Urkunden in den Fällen des §. 786 Nr. 4 b. c. der P.O.

Allgemeine Betrachtungen über das im §. 786 Nr. 1, 2 erwähnte Eigenthum und Miteigenthum an Urkunden, und über die im §. 786 Nro. 3. erwähnten Urkunden, die in der Absicht gefertigt wurden, um als Beweismittel über das im Streit befangene Verhältniß zu dienen.

Wie sind überhaupt die Klagen auf Herausgabe von Urkunden hinsichtlich des Grunds der Herausgabe einzurichten?

Die Pfarrei Schutterthal stellte gegen die fürstliche Standesherrschaft von der Laien eine Klage auf eine Holzabgabe von 50 Klaftern Eichenholz an, und begründete ihre Klage auf die Erwerbung dieser Holzberechtigung durch Verjährung. Bei dem der Klägerin auferlegten Beweis der Verjährung, den die Klägerin durch Zeugen und die Renteirechnungen der Beklagten vom Jahr 1770—1808 anteat, legte die Beklagte für sich zur Führung des direkten Gegenbeweises einen Theil der Renteirechnungen vor, und die Klägerin verlangte nun die Vorlage sämmtlicher Renteirechnungen mit Beilagen in einem besondern Editionsgesuch, indem sie dieses Verlangen darauf begründete, daß sie die betreffenden Urkunden zur Entkräftung des daraus vom beklagten Theil geschöpften Beweises brauche, da derselbe nur die für ihn sprechenden Rechnungen vorgelegt habe, und daß die Rechnungen Geschäftsbücher seyen, die zur Aufzeichnung der in Frage befindlichen Holzlieferungen bestimmt wären.

Dieses Editionsgesuch wurde aber als unbegründet verworfen. Hinsichtlich des ersten Grundes, weil man nicht annehmen könne, daß die Klägerin die Rechnungen zur Entkräftung des Hauptbeweises der Beklagten gebrauche, da derselbe keinen Hauptbeweis geführt, sondern nur den direkten Gegenbeweis angetreten habe, und weil sie diese Rechnungen auch nicht zur Führung ihres Gegenbeweises bedürfe, indem sie als hauptbeweispflichtig in ihrem damit versuchten Gegenbeweis einen Gegenbeweis des Gegenbeweises führen wolle, der unzulässig seye.

Hinsichtlich des zweiten Grundes ward das Editionsgesuch verworfen, weil die Vorlage von Geschäftsbüchern, wenn man auch die Rechnungen als solche ansehen wolle, nur da verlangt werden könne, wenn die darin enthaltenen Holzlieferungen für sich im Streit befangen seyen. Der Streit ergehe aber nicht über die geschehenen Holzablieferungen, sondern über die Holzberechtigungen an und für sich, und über diese Berechtigung könnten die betreffenden Rechnungen nicht als ein Geschäftsbuch angesehen werden.

Damit war ich nicht einverstanden, und werde mir daher erlauben nicht nur die getroffene Entscheidung zu beleuchten, sondern auch die weiters damit in Verbindung gestandenen Fragen, so wie andere hier allgemein einschlagende Betrachtungen über Editionsgesuche zur Erörterung zu bringen.

Man kann es hinsichtlich des ersten Grundes des Editionsgesuches zugeben, daß der Satz reprobatio reprobationis non datur ein in der Wissenschaft ziemlich allgemein angenommener war, allein, so bestimmt wie er in der Wissenschaft aufgestellt wurde, ist er in unserer Prozeßordnung nicht enthalten, so daß also die Antwort und deren Beweis, welche eine Parthei auf den Gegenbeweis der andern Parthei vorbringt in ihrer Unzulässigkeit auf andere in unserer Prozeßordnung enthaltene Bestimmungen gebaut werden muß. Nimmt man nun an, daß hier die Beklagte durch Vorlage eines Theils der Rechnungen allerdings einen direkten Gegenbeweis gegen den von der Klägerin mit den gleichen Urkunden angetretenen Hauptbeweis führen wollte, so mußte der Klägerin doch jedenfalls über die Erheblichkeit der vom Beklagten zum direkten Gegenbeweis vorgelegten Urkunden eine Antwort zugelassen werden, weil nach §. 423 über jede Beweisantretung mittelst Urkunden ohne Unterschied, ob sie zum Beweis oder Gegenbeweis gebraucht werden, eine Antwort zu erheben ist, und weil eben deßhalb nach §. 431 d. P.O.

Digitized by Google

dagegen Beweiseinreden über die Erheblichkeit der Urkunden überall zuläſſig ſind. Auf den von der Beklagten mittelſt eines Theils ihrer Rechnungen angetretenen Gegenbeweis antwortete nun Klägerin, daß derſelbe deßhalb unvollſtändig und ſomit unerheblich ſey, weil Beklagter nicht alle Rechnungen und insbeſondere nicht ihre Beilagen vorgelegt habe, und wenn man dieſe Antwort als eine Beweiseinrede zulaſſen mußte, ſo war auch wieder ihr Beweis zuzulaſſen, weil es zu nichts führen würde, wenn man zwar eine Antwort zulaſſen, ihren Beweis aber verſagen wollte. Wenn ſich z. B. die Beklagte darauf bezogen hätte, daß nach ihren vorgelegten Rechnungen die Klägerin nur 25 Klafter Holz bezogen habe, und die Klägerin hätte geantwortet, daß ſie nach den und jenen Jahrgängen 50 Klafter erhalten, und ſich bei den Jahrgängen, wo ſie nur 25 Klafter erhielt, in ihren Quittungen ausdrücklich gegen den alleinigen Empfang von 25 Klafter verwahrt, zugleich auch darin die weitern 25 Klafter ausdrücklich angeſprochen hätte, ſo wäre gewiß die Vorlage der Rechnungen und Quittungen zuläſſig geweſen, wenn die Klägerin dieſelben beſeſſen hätte. Und doch könnte man dafür ebenfalls ſagen, daß dieſes eine reprobatio reprobationis wäre, und nicht zuläſſig ſeye.

Aus dieſem Grund konnte man alſo die Zuläſſigkeit des Beweiſes der von der Klägerin gegen den Gegenbeweis der Beklagten erhobenen Einwände nicht verwerfen. Dieſe Einwände waren zuläſſig, und es fragt ſich nur in wie weit ihr Beweis durch Urkunden geführt werden konnte, welche die Beklagte im Beſitz hatte und in wie weit ſie der Klägerin zur Vorlage verpflichtet war.

Wenn nun der §. 786 Nr. 4 b. vorſchreibt, daß man die Vorlage aller Urkunden verlangen könne, die man zur Entkräftigung des Beweiſes des Gegners, oder zur Führung des Gegenbeweiſes bedürfe, und wenn man annimmt, daß unſer Geſetz unter dem Wort Gegenbeweis ſowohl den direkten als den indirekten Gegenbeweis verſteht, ſo wird man alſo den Fall der Vorlage von Urkunden zum Gegenbeweis dahin zu verſtehen haben, daß der Probat gegenüber dem Probanten alle Urkunden vorgelegt verlangen kann, welche er bedarf, um dem Probanten gegenüber, um alſo gegen den Hauptbeweis ſowohl den direkten als den indirekten Gegenbeweis zu führen. Die Vorſchrift b. bezieht ſich alſo bei der Führung des Gegenbeweiſes auf eine Vorlage von Urkunden, welche der Probat von dem Probanten verlangt. Allein bei der Beweisführung entwickeln ſich auch wieder eben aus dem Gegenbeweis des Probaten Verhältniſſe zwiſchen dem Probaten gegenüber dem Probanten. Der Letztere hat auf den Gegenbeweis des Probaten auch zu antworten. Für den Probanten iſt der Gegenbeweis des Probaten zumal bei dem indirekten Gegenbeweis ein Hauptbeweis, und wenn nun die Vorſchrift b. die Vorlage der Urkunden auch zur Entkräftung des Beweiſes des Gegners geſtattet, dabei aber in dem Verlangen der Vorlage von Urkunden zur Führung des Gegenbeweiſes die Verhältniſſe des Probaten gegen den Probanten ſchon geregelt hat, ſo kann der Fall der Vorlage von Urkunden zur Entkräftung des Beweiſes des Gegners auf nichts anders bezogen werden, als auf die Verhältniſſe des Probanten gegen den Probaten, auf nichts anders, als daß der Probat auch dem Probanten die Urkunden vorlegen muß, welche derſelbe zur Entkräftung des gegen ihn angetretenen Gegenbeweiſes bedarf. Dieſe Auslegung folgt auch aus einer der allgemeinſten Auslegungsregeln, aus der, daß man jeder beſondern Vorſchrift des Geſetzes einen beſondern Sinn unterlegen muß. Will man nun die ganze Vorſchrift b. allein auf das Verhältniß des Probaten gegen den Probanten beziehen, will man das Wort Entkräftung des Beweiſes des Gegners allein auf den Hauptbeweis des Probanten beziehen, ſo war es nicht nothwendig, von einer Entkräftung des Beweiſes, und von einer Führung des Gegenbeweiſes zu ſprechen, weil jede Führung des Gegenbeweiſes die Entkräftung des Hauptbeweiſes iſt, und weil jede Entkräftung des Hauptbeweiſes durch einen direkten oder indirekten Gegenbeweis geſchieht. Beide Ausdrücke würden alſo in einen Sinn zuſammenfallen, und da man auf einen ſolchen gleichen Inhalt zweier Vorſchriften nicht kommen darf, ſo lange man noch einen andern Ausweg hat, ſo wird man dieſen darin zu finden haben, daß der Probant auch vom Probaten zur Entkräftung des vom Letztern gegen ihn angetretenen Gegenbeweiſes die Urkunden verlangen kann, welche er zu dieſem Zweck bedarf. Es iſt dieſes auch ganz gerecht, denn wenn der Probant dem Probaten alle Urkunden ausfolgen muß, welche dieſer zur Führung des Gegenbeweiſes bedarf, ſo wäre es gewiß ungerecht ihn dazu zu verbinden, ohne ihm nicht zugleich auch das Recht zu ertheilen, daß er wieder von ihm die Urkunden verlangen darf, welche er braucht, um den gegen ihn vielleicht gerade mit ſeinen Urkunden geführten Beweis zu entkräften. Man hat dabei nicht zu beſorgen, daß man dadurch zu weit komme, und dem Probanten die Möglichkeit gebe, Gegenbeweiseinreden vorzubringen, welche nachgeſchobene Repliken oder Dupliken ſind, denn dieſer Inhalt der Gegenbeweis, wie der Beweiseinreden iſt ohnedieß und ganz abgeſehen von der Frage der Urkundenedition für ſich allein zu prüfen. Nur jene Antwort, nur jene Beweiseinrede auf einen Beweis oder Gegenbeweis iſt überhaupt zuläſſig, welche ſich als wirkliche Beweisantwort und Einrede herausſtellt. Iſt ſie dieſes aber, iſt ſie alſo an ſich zuläſſig, ſo iſt ſie auch Beweis

Digitized by Google

fähig, und folgeweiſe geeignet eine Urkundenedition zu begründen, wenn ſie zur Entkräftung des Beweiſes des Gegners dient. Zugeben kann man es allerdings, daß damit das Recht, die Herausgabe von Urkunden zu verlangen, ſehr weit ausgedehnt wird. Wenn man aber bedenkt, daß dieſer Fall der Urkundenedition ſich nur unter den ſtreitenden Partheien ereignet, und nicht gegen dritte Beſitzer der Urkunden geht, und daß man jedenfalls für den Probaten, der doch zugleich der Kläger ſeyn kann, ein unbegrenztes Vorlagerecht der Urkunden gegen den Probanten zur Führung des Gegenbeweiſes annimmt, ſo wird ein gleiches Recht für den Probanten nichts unbilliges in ſich haben.

Hier im vorliegenden Fall verlangte nun Klägerin von der Beklagten insbeſondere zur Entkräftung des von dieſer verſuchten Gegenbeweiſes die Vorlage aller Rechnungen und aller ſie berührenden Rechnungsbelegen, und mir ſchien ihr Verlangen um ſo zuläſſiger, als die von der Beklagten geſchehene nur theilweiſe Vorlage von Rechnungen gewiß nicht mit günſtigen Augen zu betrachten war.

Den andern Grund des Editionsgeſuches betreffend, ſo könnte man zwar einen Zweifel erheben, ob der Ausdruck der Vorſchrift c. — wenn vom Beweiſe der Lieferungen oder Zahlungen die Rede iſt — ſich darauf beziehe, daß im Editionsgeſuch überhaupt von dieſem Beweiſe die Rede ſeye, d. h. man verlange hier die Vorlage von Handelsbüchern überhaupt zu dem Zweck, um dadurch Lieferungen zu beweiſen, und um alsdann im Hauptprozeß mit dieſen dadurch zu erweiſenden Lieferungen irgend etwas anderes in Bezug auf den dort in Streit befangenen Gegenſtand zu erweiſen, oder aber ob er ſich darauf beziehe, daß im Hauptprozeß ſelbſt gerade eine Lieferung oder eine Zahlung im Streit ſeye, und daß zum Zweck des Beweiſes dieſes unmittelbaren Streitgegenſtands die Vorlage verlangt werde. Allein der Ausdruck der Vorſchrift c., wenn vom Beweiſe der Lieferungen die Rede iſt, hat offenbar den Zweck, die Vorlagepflicht des Beſitzers zu beſchränken. Würde man aber den Ausdruck dahin verſtehen, daß eben der Editionskläger überhaupt eine Lieferung erweiſen wolle, um aus ihr alsdann einen andern Schluß zu ziehen, ſo wäre die Editionspflicht der Sache nach wirklich unbeſchränkt, weßhalb man allerdings wird annehmen müſſen, daß ſich die Editionspflicht aus der Vorſchrift c. nur auf den Fall beziehe, wenn die Lieferung oder Zahlung, die man durch die zu edirende Urkunde beweiſen will, ſelbſt den Gegenſtand des Streites bildet. Z. B. der A. belangt den Handelsmann B. als ſeinen Bevollmächtigten aus einer ihm deßhalb gemachten Lieferung. Iſt nun die Lieferung zugleich im Streit, ſo würde der B. allerdings ſein Handelsbuch vorlegen müſſen. Wäre aber der Streit nur über die Bevollmächtigung und A. wollte aus einer andern vom B. geſchehenen Lieferung beweiſen, daß der B. auch für das in der Klage angeführte Rechtsverhältniß ſein Bevollmächtigter geweſen wäre, ſo müßte der B. deshalb ſein Handelsbuch nicht vorlegen, weil die aus ihm zu erweiſende Lieferung nicht jene iſt, von deren Beweis im Hauptſtreit die Rede iſt.

So war es auch hier. Die einzelnen Holzlieferungen waren nicht im Streit, ſondern die Klägerin wollte nur aus dieſen Lieferungen den Beſitz ihres Rechts und damit ihren Klaggrund der Verjährung erwerben. Die Rechnungen enthielten nur die einzelnen Lieferungen an Holz. Der Streitgegenſtand iſt aber die Holzberechtigung als ſolche, und da nun Rechnungen nicht als ſolche Geſchäftsbücher zu betrachten ſind, in welchen, wie z. B. in den Vogts- oder Lagerbüchern die Rechte und Pflichten einer Grundherrſchaft verzeichnet ſind, ſo konnte man aus dieſem Grund das Editionsgeſuch nicht zulaſſen.

Eine weitere hier in Frage gekommene Begründung des Editionsgeſuches aus dem §. 786 Nr. 3 kam zwar nicht zur Entſcheidung, weil man annahm, daß die Klägerin darauf ihr Geſuch nicht begründet habe. Allein da dieſe Nro. 3 gerade bezüglich des Beweiſes der Erwerbung von Holzberechtigungen durch Verjährung und der Einleitung deſſelben mittelſt eines Editionsgeſuches von Rechnungen des Verpflichteten eine nicht ſeltene Begründung von Editionsgeſuchen bildet, und darüber ſchon die widerſprechendſten Entſcheidungen ergangen ſind, ſo wird eine nähere Erörterung dieſer Nr. 3 um ſo weniger überflüſſig ſeyn, als ſie ſich zugleich auf das Editionsgeſuch von Quittungen bezieht, und als ſie auch mit dem Grund eines Editionsgeſuches sub. Nr. 1 und 2 des §. 786 in Verbindung ſteht.

Als Hauptgrund gegen die aus Nr. 3 zu entnehmende Vorlage der betreffenden Urkunden ward angeführt, daß dieſe Urkunden als Belege der Rechnungen der Beklagten über die jäheliche Abgabe von Holz an die Klägerin nicht zu dem Zweck gefertigt worden ſeyen, um die im Streit befangene Holzberechtigung zu erweiſen, ſondern daß ſie nur in der Abſicht gefertigt ſeyen, um dem Verwalter und Verrechner der Beklagten als Beleg ſeiner der Dienſtherrſchaft ſchuldigen Rechnungsablage über das verwaltete Holz zu dienen.

Man kann es nun allerdings zugeben, daß die zur Herausgabe verlangten Rechnungsbelege auch dazu dienen und deßhalb gefertigt ſind, damit der Holzverrechner ſich gegen ſeine Dienſtherrſchaft über ſeine richtige Verwaltung und Verrechnung ausweiſt. Allein daraus, daß eine Urkunde dieſen oder jenen Zweck hat, folgt noch nicht, daß ſie nicht noch in einer andern Abſicht gefertigt wurde, und da der §. 786 Nr. 3 nicht verlangt, daß eine zur Vorlage verlangte Urkunde in der **alleinigen** dorten erwähnten Abſicht gefertigt ſeyn müſſe, ſo war aus der Fertigung der

Digitized by Google

betreffenden Urkunden als Rechnungsbelege gegen den Dienstherren noch nicht erwiesen, daß sie nicht auch in der Absicht gefertigt wurden, um als Beweismittel über das Streitverhältniß zu dienen.

Um über dieses Letztere in das Reine zu kommen, wird man den Inhalt der Belege zu prüfen, und daraus ihre rechtliche Beschaffenheit unter den Partheien zu entnehmen haben. Nun enthalten sie aber nichts anderes als die Bescheinigung der Pfarrei von der Beklagten so und so viel Holz empfangen zu haben, und unterstellt man diesen Inhalt den Behauptungen der Klage, daß die Pfarrei von der Beklagten so und so viel Besoldungsholz zu beziehen habe, so sind diese Belege nichts anders als Bescheinigungen des Holzberechtigten über die geschehene Erfüllung der schuldigen Holzabgabe. Es sind jährliche Quittungen des Gläubigers über die fortlaufende Leistung des Schuldners.

Gleich wie aber bei dem Zustandekommen eines Rechtsverhältnisses der Gläubiger eine Urkunde vom Schuldner in der Absicht sich verschafft, um damit das bestehende Rechtsverhältniß zu erweisen, so verschafft sich auch der Schuldner zu der Zeit vom Gläubiger eine Urkunde, wo er seine Verbindlichkeit erfüllt. Er läßt sich eine Quittung ausstellen, um damit die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu erweisen, so daß man also mit Gewißheit anzunehmen berechtigt ist, daß Quittungen unter den Betheiligten in der Absicht und zu dem Zweck ausgestellt werden, um als Beweismittel über ihre Rechtsverhältnisse zu dienen.

Daß im vorliegenden Fall die Pfarrei als Gläubiger die Herausgabe der Quittungen verlangt, und daß diese Quittungen nicht aus ihrer Absicht, sondern aus der Absicht des Schuldners entstehen, sich ein Beweismittel über seine Vertragserfüllung zu verschaffen, kann nicht gegen die verlangte Edition angeführt werden. Es kommt nach §. 786 Nr. 3 nicht subjektiv darauf an, daß gerade jener die Herausgabe einer Urkunde verlangt, welcher allein oder hauptsächlich die Absicht hatte, sich dadurch ein Beweismittel zu verschaffen, sondern es ist subjektiv nur darauf zu sehen, daß der eine Urkunde zur Herausgabe Verlangende in dem Streitverhältniß ein Betheiligter ist, in welchem eine Urkunde als Beweismittel ausgestellt wurde. Als Gläubiger war aber die Pfarrei in dem Streitverhältniß der Holzberechtigung, in welcher sie eine Quittung ausstellte, offenbar eine betheiligte Parthei.

Eben so wenig läßt sich gegen die verlangte Vorlage der Rechnungsbelege geltend machen, daß sie sich nur auf längst geschehene nicht im Streit befindliche Lieferungen von Holz beziehen, und daher nicht ausgestellt seyen, um über das zwischen den Partheien streitige Verhältniß der Holzberechtigung und ihrer Erwerbung durch Verjährung als Beweismittel zu dienen. Wie oben gezeigt, so muß man zwar bei der Fassung des §. 786 Nr. 4 c. annehmen, daß die dorten zugelassene Vorlage der Handels- oder Geschäftsbücher nur dann stattfindet, wenn die durch diese Vorlage zu erweisenden Lieferungen den Streitgegenstand selbst enthalten und darstellen. Ganz verschieden von dieser sich also auf den unmittelbaren Streitgegenstand beziehenden Fassung lautet aber die Nr. 3 dahin, daß die verlangten Urkunden als Beweismittel über das im Streit liegende thatsächliche oder rechtliche Verhältniß dienen sollten, denn dadurch hat sich der Gesetzgeber nicht auf den unmittelbaren Streitgegenstand, sondern auf das ganze unmittelbare und mittelbare thatsächliche und rechtliche Verhältniß der Partheien bezogen, und somit vorgeschrieben, daß alle Urkunden vorzulegen sind, welche ihrem Inhalte nach in irgend einer thatsächlichen oder rechtlichen Beziehung zu dem Streit stehen, und welche also nicht gerade in der Absicht gefertigt seyn müssen, um als unmittelbare Beweismittel über den Streitgegenstand selbst, sondern nur um als Beweismittel über den ihren Inhalt darstellenden Gegenstand zu dienen, der sodann wider zum Streitgegenstand in irgend einer thatsächlichen oder rechtlichen Beziehung stehen muß, und also das allgemein thatsächliche oder rechtliche Verhältniß der streitenden Partheien betrifft. Mit gutem Grund hat hier der Gesetzgeber mit dem allgemeinsten Ausdruck von den Beweismitteln über das im Streit liegende thatsächliche und rechtliche Verhältniß gesprochen, indem er dadurch das festgestellt wissen wollte, daß alle die Urkunden vorzulegen sind, welche als Beweismittel über einen solchen Gegenstand oder ein solches Verhältniß dienen sollen, der als Gegenstand oder als Verhältniß wider in einem nahen oder entfernten Bezug auf das Hauptstreitverhältniß oder den Hauptstreitgegenstand steht. Es wird dieses, wenn es überhaupt einer Bestätigung bedürfte, noch dadurch bestätigt, daß das Recht nach §. 786 Nr. 3 die Vorlage von Urkunden zu verlangen nicht nur den in einen Streit befangenen Hauptpersonen des Prozesses, sondern auch allen darin Betheiligten eingeräumt wird, und daß solche Nebenbetheiligte, wie z. B. Intervenienten und Litisdenuntiaten der Beschaffenheit ihres Rechtsverhältnisses nach nicht selten nicht ein unmittelbares, sondern nur ein mehr oder minder entferntes Interesse am Streitgegenstand oder an einem Theil desselben besitzen, und doch auch in diesem entferntern Interesse eine Vorlage von Urkunden verlangen können.

Betrachtet man nun unter diesen Voraussetzungen die hier in Frage befindlichen Urkunden, so wird es sich nicht bezweifeln lassen, daß sie sich allerdings zur Vorlage vereigenschaften. Der Streit besteht hier über eine Holzberechtigung und insbesondere über ihre Erwerbung durch Verjährung. Jede Verjährung, durch welche etwas er-

Digitized by Google

worden werden soll, setzt aber einen Besitzstand voraus. Der Empfang des Holzes von der Beklagten war der Besitzstand der Klägerin. Als Beweismittel des Empfangs dienen die verlangten Rechnungsbelege, die Quittungen der Klägerin, und sie sind also Beweismittel des Besitzstands, durch welchen das rechtliche Verhältniß unter den Streitenden in der daraus folgenden erwerbenden Verjährung bestimmt wird. Quittungen werden aber, wie oben gezeigt, in der Absicht verfertigt, um als Beweismittel der in ihnen enthaltenen Erfüllung einer Verbindlichkeit zu dienen, so daß also nach §. 786 Nr. 3. ihre Vorlage in jeder Beziehung begründet war.

Man könnte etwa noch einwenden, daß sich die Nr. 3 des §. 786 durch ihren Gegensatz mit Nr. 4 auf den Fall beziehe, wo eine Urkunde von einem Dritten nicht im Streit befindlichen zu verlangen seye, und daß also da, wo eine Urkunde von dem Gegner im Streit verlangt werde, eine der Voraussetzungen der Nr. 4 a—c vorhanden seyn müsse. Allein daeauf wäre nichts zu halten. Es ist zwar richtig, daß zwischen den Nr. 1—3 gegen die Nr. 4 in subjectiver Beziehung ein Unterschied besteht. Dieser Unterschied geht aber nur dahin, daß in den Fällen der Nr. 4 die Vorlage von Urkunden nur gegen den Gegner und nicht gegen Dritte verlangt werden kann. Allein in den Fällen von Nr. 1—3 kann die Vorlage nicht nur gegen den Gegner, sondern auch gegen einen Dritten verlangt werden, denn es wäre eine in der That abenteuerliche Auslegung des Gesetzes, wenn man z. B. annehmen wollte, daß zwar ein Miteigenthümer, der mit einem andern Miteigenthümer im Streit ist, gegen einen dritten Miteigenthümer die sein Miteigenthum betreffende Urkunde vorgelegt verlangen kann, daß er aber dieses gegen den Miteigenthümer nicht zu thun im Stande ist, mit dem er doch gerade über dasselbe Miteigenthum im Streite liegt.

Dagegen entspinnt sich aus diesem Einwand eine ganz andere nicht so gehaltlose Untersuchung über das Wesen des im §. 786 Nr. 1 und 2 angeführten Eigenthums und Miteigenthums einer Urkunde, und über die darauf gebaute Vorlage einer Urkunde.

Eigenthum und Miteigenthum einer körperlichen Sache sind für sich betrachtet dingliche Rechte, und wenn man bedenkt, daß gerade in den Fällen des §. 786 Nr. 1 und 2 von dem gegen einen Dritten zu richtenden Verlangen der Vorlage oder gar der gänzlichen Herausgabe einer Urkunde die Rede ist, so wird man es nicht bezweifeln können, daß man hier das Verlangen einer Urkunde auf das dingliche Recht des Eigenthums oder Miteigenthums an der verlangten Urkunde bauen wollte, indem gerade darin das Wesen dieses dinglichen Rechts liegt, daß man gegenüber dem dritten Besitzer sein Recht daran verfolgt, ohne mit ihm bezüglich der Urkunde in sonstigen persönlichen Verbindlichkeitsverhältnissen zu stehen. Ohnedieß ist unsere Prozeßordnung größtentheils auf das gemeine Prozeßrecht und dieses wider auf das gemeine Privatrecht gebaut, und die auch im gemeinen Recht vorkommende Edition einer Urkunde auf den Grund des Eigenthums oder Miteigenthums erkannte die dingliche Natur dieser Editionsklage überall an. So sagt z. B. Dr. M. Mittermaier in seiner trefflichen Inauguraldissertation über die Edition von Urkunden S. 8:

I. Eigenthum einer Urkunde. Zur Geltendmachung des Rechts steht dem Berechtigten wie dem Eigenthümer einer andern Sache die rei vindicatio zu, und bezieht sich dabei auf die L. 3 §. 14 d. ad exhib. X. 4 — rationes in charta mea scriptas vindicare possum:

Und bekannt ist ferner der Streit, ob die actio ad exhibendum, wodurch man sich nach dem römischen Recht unter andern Mitteln die Benutzung von Urkunden verschaffte, eine persönliche oder dingliche Klage war.

Stellt man aber dem unser Landrecht gegenübee, so ist es eben so bekannt, daß dasselbe an Fahrnißgegenständen ein dingliches Recht nicht anerkennt, denn nach dem L.R.S. 2279 gilt bei Fahrnißstücken der Besitz als Rechtsurkunde, und daß Urkunden, in so weit sie körperliche Sachen sind, Fahrnißgegenstände sind, läßt sich nach L.R.S. 529 nicht bezweifeln. In so fern nun eine Editionsklage gegen den dritten Besitzer einer Urkunde angestellt, und auf das Eigenthum dieser Urkunde gebaut wird, so kann der Beklagte dem Kläger den L.R.S. 2279 entgegenhalten. Ihm gilt der Besitz als Rechtsurkunde seines Eigenthums. Sein Eigenthum schließt aber das des Klägers aus, dessen Eigenthum besteht nicht, und in so weit dieser nicht eine hinsichtlich dieser Urkunde zwischen ihm und dem Beklagten bestehende persönliche Verbindlichkeit darthun kann, wird es ihm nicht gelingen zur Herausgabe oder auch nur zur Vorlage der Urkunde zu kommen. Er müßte nur noch eine Ausnahme des S. 2279 nachweisen können. Es mag zwar seyn, daß dieser Ausgang einer Editionsklage auf einem Uebersehen des Gesetzgebers beruht, der bei dem §. 786 der P.O. nicht an den L.R.S. 2279 dachte. Es ist dieses auch erklärlich, denn bei unserer Rechtsbildung wird das römische Recht genug und übergenug gelehrt, auf unser Landrecht wird aber so viel wie keine Rücksicht genommen *), so daß es nicht auffallend ist, wenn uns zwar die römischen Rechtsbegriffe gang und gäbe sind, dagegen die unsees Landrechts mehe oder minder übersehen

*) Nach dem neuesten Lektionskatalog von Heidelberg wird (als ein bemerkenswerthes Zeichen der Zeit mag es zugleich gelten) zwar russisches Recht gelehrt, ein vollständiger Unterricht über das Landrecht hat aber keinen Platz gefunden.

Digitized by Google

werden. Allein mit all' dieser Erklärung ist nichts geändert, denn gleichwie die Fehler und Uebersehen der Richter bei ihren Urtheilen in Rechtskraft übergehen, so gehen eben auch die Fehler und Uebersehen der Gesetzgebe in Gesetzeskraft über, und wenn daher die Prozeßoednung eine auf das Eigenthum zu begründende Editionsklage zuläßt, so bleibt von dieser Zulassung nicht viel übrig, weil das Landrecht, welches den Rechtsbegriff eines Eigenthums bestimmt, kein dingliches Eigenthumsrecht an Urkunden kennt.

Nichts desto weniger wird dieses Uebersehen zum guten Glück keinen geoßen Schaden anrichten. Unsere Gesetze lassen sich als Arzneimittel gegen das Unrecht betrachten, und unsere Gesetzbücher sind in diesee Beziehung sehe reichlich-allopathisch ausgestattete Apotheken, in denen gegen ein und dasselbe zur Heilung zu bringende Uneecht vielerlei Mittel zu finden sind. Kann man also hier eine Editionsklage gegen einen Dritten nicht auf das Eigenthum oder Miteigenthum der Urkunde begründen, so wird wohl die Nr. 3 einschlagen. Die Urkunde steht in einem Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß, sonst wüede man sie nicht brauchen, und ist dieses der Fall, so wird sie auch in den meisten Fällen zu dem Zweck gefertigt worden seyn, um ihren Inhalt festzuhalten, darzuthun. Sie wied als Beweismittel ihres Inhalts dienen, und dann wied der Schluß sich von selbst machen, daß das, was zu einem Zweck dienen soll, auch in dee Absicht, diesen Zweck zu erreichen, entstanden ist. Wird aber die Editionsklage nicht gegen einen Dritten, sondern gegen den Gegner im Hauptstreit gerichtet, so steht man mit ihm, wenigstens in dee Regel, in persönlichen Rechtsverhältnissen, und alsdann ist eine darin vorkommende Editionsklage ein Theil dieses peesönlichen Rechtsverhältnisses, und demnach als eine persönliche Klage aus diesem Vertragsverhältniß zuläßig. Der Hauptzweck der Editionsklagen ist immer der, die Wahrheit zu entdecken, und dem materiellen Recht den Sieg zu verschaffen, und bei diesem schönen Zweck wird auch die Auslegung der darüber bestehenden Vorschriften des Gesetzes zumal da eher eine ausgedehnte als eine beschränkte seyn, wo es sich zugleich darum handelt, ein Uebersehen des Gesetzgebers weniger schädlich zu machen.

Als schließliche Frage ist nun noch zu erwägen, in wie weit der Richter bei den Editionsklagen an die im §. 786 der P.O. angeführten Voraussetzungen der Edition gebunden ist, und ob er da, wo ein Editionskläger eine oder die andere dieser Voraussetzungen zur Begründung seines Editionsgesuches anführte, für sich eine dritte substituiren darf, auf welche das Gesuch nicht ausdrücklich gebaut war.

Was das erstere betrifft, so hat einmal unsere Prozeßordnung aus den Editionsgesuchen einen besondern Prozeß gemacht. Der §. 786 enthält die thatsächliche Begründung dieses besondern Prozesses, und über sie hinaus wird daher in so weit eine Editionsklage nicht begründet seyn, als man nicht eine anderweitige Vorschrift eines Gesetzes anführen kann, welche neben den Fällen des §. 786 eine Edition von Urkunden zuläßt. Solche besondere Vorschriften haben wir z. B. in den Anhangsätzen 14 — 17 zum Landrecht. In wie weit sie aber neben den jetzigen Vorschriften der Prozeßordnung gelten, möchte vielfach bestritten werden können, doch scheint mir wenigstens der A.S. 15 neben dem §. 5 der P.O. kaum bestehen zu können. Es widerstrebt zu sehr der unserer Prozeßordnung zu Grunde liegenden Verhandlungsmaxime, als daß man darauf Gewicht legen könnte, daß ja der §. 5 der P.O. von dem Verbot von Amtswegen zu verfaheen selbst den Fall ausnehme, wo dee Richter dazu durch das Gesetz angewiesen seye, und wo er im A.S. 15 diese Anweisung beziehungsweise Ermächtigung erhalte. Der hier ganz speciell eintretende §. 427 der P.O. enthält die Ausnahme des §. 5 nicht, und eben weil im §. 5 nur allgemein vom Verfahren von Amtswegen gespeochen wird, der §. 427 aber jede Aufsuchung und Vorlegung von Urkunden, wie Handelsbücher sind, schlechthin verbietet, so wird er als specielle Vorschrift dem generellen §. 5 um so mehe vorzuziehen seyn, als die so maaßlose Vorschrift des A.S. 15 bei unserer Verhandlungsmaxime keine Begünstigung verdient. Dagegen scheint mir der A.S. 17 nach wie vor anwendbar zu seyn, denn obschon er eine Aenderung des Editionsveefahrens darin enthält, daß er die Sache nicht auf den Editionseid des §. 789 der P.O., sondern alsbald auf den wenigstens facultativen Eid in der Sache selbst ausseßt, so besteht eben doch in dem Fall des A.S. 17 gegen die Fälle des Editionsverfahrens in dee Prozeßordnung der Hauptunterschied, daß der Handelsmann ein Handlungsbuch führen muß, daß also der Besitz desselben gegen ihn schon gesetzlich bewiesen ist, und daß also der auf den Besitz der zu edirenden Urkunde gerichtete Editionseid als überflüssig wegfällt. Uebeigens drängt sich auch hier wieder Einem dee Gedanken auf, daß man bei dem Titel über das Editionsverfahren in der Prozeßordnung die Vorschriften des Handelsrechts ebenfalls nicht vor Augen gehabt hat, denn sonst hätte z. B. der §. 786 Nr. 4 c. die Vorlage von Handelsbüchern nicht allein an den Fall binden können, wo vom Beweise von Lieferungen oder Zahlungen die Rede ist, während der A.S. 12 durch unbedingte Beweiszulassung der Handelsbücher in Handlungsgeschäften und unter Handelsleuten eine ganz allgemeine Editionspflicht festsetzt.

Sind aber die im §. 786 zur Edition von Urkunden angeführten Voraussetzungen zugleich als die Thatsachen zu betrachten, durch welche eine Editionsklage begründet wird,

Digitized by Google

so folgt daraus zur zweiten Frage, daß der Richter diese Voraussetzungen nicht suppliren darf, und daher ein auf eine bestimmte Voraussetzung des §. 786 gebaute Edition nicht deßhalb zulassen kann, weil er eine andere Voraussetzung für gegeben und begründet ansieht, die aber vom Kläger nicht zur Begründung seines Editionsgesuches benützt wurde, denn er darf dem Kläger so wenig Klaggründe suppliren als ihm das Recht zusteht, für den Beklagten Einreden zu erheben. Allein bei der nahen Verwandtschaft, in welcher die im §. 786 angeführten Voraussetzungen zu einander stehen, bei dem Umstand, wo z. B. die unter die Nr. 3 fallende gemeinschaftliche Urkunde in der Regel auch eine solche seyn wird, an der man aus den darin vorkommenden persönlichen Rechtsverhältnissen ein Miteigenthum besitzt, oder wo man eine unter den andern Voraussetzungen des §. 786 verlangte Urkunde auch zur Entkräftung des Beweises des Gegners bedarf, wird der Richter nicht so haarscharf auf die in der Klage angeführten Voraussetzungen des §. 786 als Klaggründe sehen dürfen. Wir haben überhaupt keine Klagformeln, und wenn ein Editionskläger in seiner Klage überhaupt Gründe anführt, aus denen er die Edition anspricht, so wird man das Gesuch nicht zurückweisen können, weil etwa der Kläger nicht bestimmt und unter Anführung der Nummer des §. 786 mit ausdrücklichen Worten seine Klage auf eine oder die andere dieser Voraussetzungen gebaut hat, sondern man wird aus der ganzen Klage und ihrer weiterer schriftlichen und mündlichen Verhandlung zu erwägen haben, in wie weit die angeführten Gründe unter eine der Voraussetzungen des §. 786 passen, und rechtlich zulässig sind. Damit aber der Richter in dieser seiner Ermessensthätigkeit nicht gehemmt ist, wird es für den Editionskläger vorsichtig seyn, seine Editionsklage wenigstens nicht allein auf besondere Nummern des §. 786 zu bauen, sondern darneben noch solche Gründe seines Gesuches anzuführen, welche eine allgemeine Beziehung auf die Editionspflicht des Beklagten haben. Als solche ergeben sich aus dem §. 786 hauptsächlich die Nummern 3 b 4 b, und wenn man insbesondere hinsichtlich der letztern der hier unternommenen Auslegung derselben beitritt, daß die darunter fallende Urkunde nicht hinsichtlich des Streitgegenstands selbst und unmittelbar als dessen Beweismittel gefertigt seyn muß, sondern auch dann noch zu ediren ist, wenn sie überhaupt als Beweisurkunde für einen oder den andern Theil gefertigt wurde, und in ihrem Inhalt in einem mehr oder minder erheblichen Bezug auf den Streitgegenstand steht, so wird man in der allgemeinen Beziehung der Klage auf den Fall des §. 786 Nr. 3 nicht leicht da eine Abweisung des Editionsgesuches zu gewärtigen haben, wo diese Urkunde in irgend einem erkennbaren Zusammenhang mit dem Rechtsstreit, und den darin vorkommenden That- und Rechtsfragen steht.

Aus der hier getroffenen Auslegung der Nr. 3 möchte ich schließlich noch das Ergebniß ziehen, daß bei einem Streit über ein Vertragsverhältniß die darauf sich beziehenden Quittungen des Gläubigers überall editionspflichtig sind, und daß bei einem Streit über die Erwerbung eines Rechts durch Verjährung auch die Rechnungen des Beklagten mit ihren Beilagen vorgelegt werden müssen, wenn sie, wie hier, solche vom Kläger ausgestellte Bescheinigungen enthalten, aus denen sein Besitzstand hervorgeht.

Sander.

II.

Unterrheinkreis.

Rechtsfälle.

Entschädigungsklagen, aus Anlaß einer wegen Zolldefraudation eingeleiteten Untersuchung.

I. Handelsmann X. erhob eine Entschädigungsklage gegen die großherzogliche Zollkasse auf folgende Thatsachen gegründet:

1) das Zollaufsichtspersonal habe am 8. Februar 1834 eine Quantität Zuckers (56¹/₄ Centner) aus dem Magazin des X. wegen Verdachts der Defraudation des Zolles von dieser Waare hinweggenommen.

2) Es sey eine Untersuchung wegen dieses Vergehens gegen X. eingeleitet, solche nachher wieder abgebrochen und die Untersuchung gegen Handelmann Y. gerichtet, auch dieser vom Untersuchungsrichter verurtheilt, dessen Erkenntniß vom Rekursrichter aber wieder aufgehoben worden.

3) Nach Erlassung der richterlichen Erkenntnisse habe sich die Herausgabe des Zuckers verzögert, indem den Reclamationen des X. Einsprache von Seite der fiscalischen Behörde entgegengesetzt worden sey.

4) Jetzt könne die Waare vom Kläger nicht mehr angenommen werden, weil sie durch die lange und unsorgfältige Aufbewahrung ihre Qualität als Kaufmannsgut verloren habe.

Als Entschädigung begehrte Kläger den Ankaufpreis des Zuckers, die Differenz zwischen jenem und dem höchsten Preise, welchen die fragliche Sorte bisher hatte, dann den Ersatz verschiedener Kosten und Zinse.

Nach gepflogener Verhandlung wurde vom Hofgerichte des Unterrheinkreises ein abweisendes Erkenntniß erlassen.

Entscheidungsgründe.

In rechtlicher Hinsicht müßte diese Klage (deren thatsächlichen Momente voraus angeführt wurden), auf den L.R.S. 1370, 1382, 1383 beruhen. Sie erscheint jedoch als unbegründet. Denn

1) nur insofern, als

a) eine Handlung des subalternen Dienstpersonals der

Digitized by Google

Zollverwaltung den Fiskus überhaupt verpflichten würde, und

b) zugleich im vorliegenden Falle ein solches Vergehen oder Versehen jenem Dienstpersonale zur Last fiele, aus welchem eine civilrechtliche Verpflichtung entstünde,

könnte der Fiskus wegen der angeblichen Beschädigung belangt werden. Nun fehlt aber

Zu a. in der Klage jede Anführung solcher Thatsachen, aus welchen der Richter zu ermessen im Stande wäre, ob der Fiscus für die Handlungen des Zollpersonals zu haften hätte. Sodann ist es

Zu b. gewiß, daß, wenn auch das Zollpersonal die Waare hinwegnahm, dieses doch nur, wie Kläger selbst anführte, zum Behufe der Einleitung einer Untersuchung geschah, und die Untersuchung auch wirklich gepflogen wurde. Die Waare mußte also dem Untersuchungsrichter zur Verfügung gestellt seyn, und nur auf seine Veranlassung konnte die Beschlagnahme der Waare fortdauern. Die Beschädigung, wenn sie wirklich statt hatte, wäre daher nicht Folge der ursprünglichen Hinwegnahme, sondern der Handhabung derselben durch den Untersuchungsrichter gewesen. Für dessen Handlungen ist aber die Zollkasse nicht nur nicht verantwortlich, sie ist seinem Ausspruche bei Untersuchungen wegen behaupteter Zolldefraudation vielmehr selbst unterworfen. Dazu kommt noch, daß

2) nach der nun rechtskräftig gewordenen hofgerichtlichen Entscheidung über das fragliche Zollvergehen der Denunciat nur für klagfrei erklärt wurde, worauf sich der beklagte Fiscus berief, und welche Thatsache sowohl gerichtskundig ist, als auch durch die angerufenen hofgerichtlichen Akten erwiesen wird. — Hiernach wurde aber ausgesprochen, daß der Verdacht einer Defraudation der Zollabgabe von der fraglichen Quantität Zuckers nicht beseitigt ist, vielmehr nach §. 18 des Strafedikts die Untersuchung bei neuen Inzichten wieder aufgenommen werden darf, daß folgeweise der Richter, welcher in der Strafsache in letzter Instanz entschieden hat, in der Beschlagnahme des Zuckers, gehöre er wem immer, keine unrechte That erkannte. Deßhalb kann der Civilrichter, welcher bei den auf das Resultat eines Strafverfahrens gegründeten Klagen den auf jenes ergangenen Ausspruch des Strafrichters nicht abändern darf, auch hier keine unrechte That des Zollpersonals unterstellen.

3) Da auch die Auslieferung des Zuckers nach beendigter Untersuchungssache ein (straf-) richterlicher Act ist, für dessen Verzögerung nur dieser Richter selbst verantwortlich wäre, und da endlich

4) was den unter Nr. 4 (oben) erwähnten Umstand betrifft, jede Angabe von Thatsachen fehlt, aus welchen hervorginge, daß die Zollbehörden die unzweckmäßige Aufbewahrung des Zuckers verschuldet hätten, so erscheint die Klage auch in so weit, als sie auf die eben angeführten Momente gebaut werden will, als in Rechten nicht begründet.—

II. Später erhob Handelsmann X. eine neue Entschädigungsklage, und zwar gegen den großherzoglichen „Civil-Fiskus", worin er die in der früheren Klage enthaltenen (oben unter Nr. I. im Eingange erwähnten) Thatsachen wieder anführte, dieselbe Entschädigungsforderung aufstellte, sodann aber in rechtlicher Beziehung auszuführen suchte, daß die, zum Zwecke der Untersuchung gegen Y., wegen Zolldefraudation erfolgte Beschlagnahme des Zuckers in öffentlichem Interesse, zu einem Staatszwecke geschehen, und, weil bei Verfolgung dieses Zwecks der Kläger einen Theil seines Eigenthums verloren habe, ein andrer Theil ihm verdorben, und er überhaupt in der Disposition über seinen Zucker gehindert worden sey, die Entschädigungspflicht aus L.R.S. 545 sich ergebe.

Auf diese Klage versagte das Hofgericht die Ladung unter der Formel: „die Klage finde nicht statt." — In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt:

1) der Klage stehe vor Allem entgegen, daß sie, wenn sie überhaupt auf L.R.S. 545 gegründet werden könnte, zu frühzeitig angestellt wäre, da in den Fällen, in welchen es sich um Entschädigung für solche Abtretungen handle, welche um des öffentlichen Nutzens Willen geschehen, die richterliche Thätigkeit zu Festsetzung der Entschädigungssumme nicht eher eintreten könne, bevor die staatsrechtliche Vorfrage, ob die Abtretung durch das öffentliche Interesse geboten sey, von der höchsten Staatsbehörde, nach §. 14 der Verfassungsurkunde, entschieden worden wäre.

2) der L.R.S. 545 finde übrigens auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, denn

a) die angeblich dem Kläger gehörigen Waaren seyen nach seinem eigenen Vortrage nur mit Beschlag belegt worden, und zwar zum Zwecke einer Untersuchung (zu Herstellung des Thatbestands eines Vergehens). Ein solcher, durch den Untersuchungsrichter verordneter, oder wenigstens gestatteter Beschlag enthalte aber nur eine zeitweise Hemmung einzelner, aus dem Eigenthumsrechte fließender Befugnisse, sey dagegen keineswegs als eine völlige Expropriation anzusehen, von welchem der Satz 545, schon seinem Wortlaute nach, allein handle,

b) sodann habe dieser Satz nur auf liegenschaftliche Rechte Bezug, wie sich namentlich aus dem, demselben nachgefolgten Expropriationsgesetzes vom 28. Aug. 1835 (Rgbl. Nr. LXII.) und auch wohl schon aus der Natur der Sache sich ergebe. Die auf dem fraglichen Satz gestützten Ansprüche des Klägers seyen deshalb im Rechten nicht begründet.

Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 11. | Karlsruhe den 13. März 1841.

I.

Ueber die bestehende Eidesordnung und Eidesunordnung.

Die alte Eidesordnung vom Jahr 1802, ihrem Grundstoff nach weit älteren Ursprunges, hat sich, obwohl in manchen Stücken abgewürdigt oder umgeprägt, bis heute in Gültigkeit erhalten, man kann daher von einer bestehenden Eidesordnung reden. Betrachtet man aber den gegenwärtigen Zustand unseres Eidwesen's wie es sich durch spätere Gesetze und Verordnungen gestaltet hat, näher und gründlicher, wirft man einen prüfenden Blick auf die unersprießliche Ungleichförmigkeit, Unbestimmtheit und mancherlei sonstige Mißverhältnisse, die darin wahrzunehmen sind, so wird man wohl auch von einer bestehenden Eidesunordnung sprechen können.

Es fällt in die Augen, wie der Eid, diese mißliche und doch nicht zu missende Schutzwehr zur Erhaltung der rechtlichen Ordnung, sowohl in religiöser und sittlicher, als in politischer und rechtlicher Beziehung von hoher Wichtigkeit erscheint, und erscheinen muß, so lange wir noch nicht an jenes am Schlusse der Eidesordnung erwähnte goldene Zeitalter gelangt seyn werden, wo ein christlich Ja oder Nein das Ende alles Haders bildet, ein Zeitalter, dem wir nicht näher gerückt zu seyn scheinen. Die folgende Darstellung möge eine übersichtliche Prüfung des gegenwärtigen mangelhaften Zustandes unseres Eidwesens enthalten, und die Nothwendigkeit baldiger Besserung darlegen. Diejenigen Bestimmungen, welche durch die neue bürgerliche Prozeßordnung unzweifelhaft geändert oder aufgenommen und richtig gestellt worden sind, (P.O. Titel 26 und 29 verglichen mit L.R.S. 1357 — 1369) können hiebei füglich unberührt bleiben; eine in's Einzelne gehende Verweisung auf die bezüglichen Prozeßordnungs-Paragraphen würde hier wenig dienlich erscheinen.

Folgen wir nun dem Gang unserer Eidesordnung:

Zu Artikel 1: Schon dieser erste Artikel ist ein Beleg für die obige Bemerkung. Die Eidesmündigkeit soll darnach mit Zurücklegung des achtzehnten Jahres, dem im alten Landrecht für die Fähigkeit zu letzten Willensverordnungen angenommenen Alter in der Regel eintreten, ausnahmsweise dagegen soll in besonderen Nothfällen unter gewissen Voraussetzungen bei zurückgelegtem vierzehnten Jahre eines Zeugen von der Regierung Altersnachsicht Behufs der Beeidigung ertheilt werden. In bürgerlichen Streitsachen beginnt nach P.O. §. 620 die Eidesmündigkeit nunmehr unzweifelhaft mit zurückgelegtem sechszehnten Jahr. Wie verhält es sich aber mit der Eidesmündigkeit im Strafverfahren und bei sonstigen gerichtlichen Angelegenheiten? Ist Art. 1 der Eidesordnung durch §. 27 des 6ten Constitutionsedikts aufgehoben? — Bejaht wurde diese Frage in einer Belehrung großherzoglichen Justizministerium's vom Jahr 1831 (Anzeigeblatt für den K. M. und Pf.-Kreis 1831 Nr. 29 S. 189) mit dem Bemerken, daß jene spätere aufhebende Verordnung des §. 27 des 6ten Constitutionsedikts nicht mehr zurückgenommen, vielmehr durch die hierauf beruhende Eintheilung der Minderjährigen im L.R.S. 1124 implicite bestätigt worden sey. Hiemit stimmen auch die Erläuterungen zum Landrecht Band 5 S. 411 überein, und es dürfte die Ansicht wohl dem Geist der neueren Gesetzgebung entsprechen. Dennoch hat auch die entgegengesetzte Ansicht ihre Freunde; noch in neuerer Zeit sind Erlasse von Gerichts- und Regierungsbehörden im gegentheiligen Sinne vorgekommen, und Rettig's vielbenutztes Werk „die Polizeigesetzgebung im Großherzogthum Baden," auch die neueste von Betz bearbeitete Auflage, hat die Gegenansicht gleichfalls aufgenommen. Wahrlich, wenn man den mehrerwähnten §. 27 vergleicht, welcher die Eidesleistung nur beispielsweise und im Vorbeigehen (mit vorgesetztem z. E. und in Parenthese) anführt, als wolle er auf bekannte Gesetzesbestimmungen hinweisen, nicht aber solche abändern, und dann sogar noch in Bezug auf die fraglichen besondern Verstandes- oder Erfahrungskreise erfordernden Verpflichtungen ausdrücklich hinzusetzt „und welche weiter zu bestimmen dem Gesetz vorbehalten bleibt," so findet man wenigstens, daß jene Gegen-

Digitized by Google

ansicht nicht aller Rechtfertigung entbehrt, somit auch fürder noch Anhänger bewahren dürfte, zumal da die obengenannte Rechtsbelehrung zunächst und hauptsächlich in Bezug auf bürgerliche Rechtsverhältnisse erlassen worden zu seyn scheint.

Zu Art. 2: Das hier ausgesprochene Verbot der außergerichtlichen oder Privat-Eide ist im L.R.S. 1357a mit den Worten wiederholt: „Bestätigung der Verträge durch außergerichtliche Eide und alle Privateide bleiben verboten, gemäß der Eidesordnung." Demnach findet eidliche Bestärkung der Verträge mittelst Anrufung der Obrigkeit in dem Falle noch statt, wenn Letztere nach angestellter Untersuchung ersieht, daß die Sicherheit auf keinem anderen Wege vollständig zu erzielen, mithin die eidliche Bestärkung wahrhaft nothwendig ist.

Es wäre wohl zu wünschen, daß die Ausnahmsfälle einzeln angegeben, wenigstens näher bezeichnet, und jedenfalls möglichst beschränkt würden, indem eine unabweisliche Nothwendigkeit niemals sich darstellen möchte. Besser wäre es vielleicht noch, die Ausnahme ganz aufzuheben, da die fraglichen Eide zur Verhütung, wenn auch noch so beträchtlichen Verletzungen des Mein und Dein sittlich und rechtlich keine Begünstigung verdienen und durch Sicherheitsbestellung, Bürgschaft, Strafgeding und vor Allem sorgfältige Prüfung und Beaufsichtigung der in Vertragspflicht tretenden Personen füglich zu ersetzen seyn dürften.

Dagegen erscheint es offenbar,

Zu §. 5: daß die über Eideszulässigkeit gegebene Bestimmung — wornach der Richter jeweils vor Zulassung eines Haupt- oder Notheides mittelst Durchgehung der Verhandlungen und Erwägung aller Umstände nachspüren soll, in wie fern der eine oder andere Theil noch andere zur Erläuterung der Sache dienliche Beweismittel besitze, oder in wie fern Thatumstände vorliegen, deren Erörterung die Wahrheit ohne Eidesleistung dem Richter offenbar machen könnte, und wornach der Richter sodann weiter durch Instructionsbescheide an die Anwälte der Partheien den gefundenen Spuren nachgehen und erst, wenn er versichert ist, daß ein wirklicher Mangel an Beweismitteln den Eid rechtfertige, auf solchen erkennen soll — mit der neuen Prozeßordnung ihre Anwendbarkeit verloren hat. Der §. 563 der P.O. setzt dieß außer Zweifel. Es ist darin wohl nur entschieden und ausdrücklich ausgesprochen, was schon im Sinn und Geist des Landrechtes (L.R.S. 1357, 1358 flg.) lag, obschon man der entgegenstehenden ausdrücklichen Bestimmung des Art. 5 der Eidesordnung neben dem Landrecht noch Anwendung gegeben hatte (Vegl. Erläuterungen Bd. III. S. 265 B. V. S. 413.)

Man könnte nach dem Obigen bei dem Umstand, daß die Prozeßordnung nirgend die Vorschrift des Art. 36 der Eidesordnung aufgenommen hat (vegl. 598 flg.) zu der Annahme verleitet werden, als habe nunmehr jener Art. 36, welcher dem Richter zur Pflicht macht, am Tage der Eidesleistung (nochmals) einen Versuch zu machen, nach Beschaffenheit der Sache durch einen Vergleich oder das Uebereinkommen der Betheiligten über Ableistung eines Handgelübdes statt des Eides, die Eidesleistung zu verhüten, ebenfalls seine Anwendbarkeit verloren. Dieß wäre aber gewiß gegen den Sinn des Gesetzes. Die Prozeßordnung hat jene Vorschrift nirgend ausdrücklich oder durch eine mit ihr unverträgliche sonstige Bestimmung aufgehoben, eben so wenig die Verordnung vom 3. Mai 1833 (Rgbl. Nr. 18 S. 105) wenn gleich Letztere den Art. 36 nicht unter den fortgültigen früheren Vorschriften hervorhebt. Die Vorschrift des Art. 36 gehört auch weniger in die Prozeßordnung als in die Eidesordnung, da sie in höheren Rücksichten, als denen des bürgerlichen Rechtes oder Rechtsverfahrens ihren Grund hat.

Zu Art. 8: Vermuthungseide. Haupteide über richterliche Vermuthungen finden nach L.R.S. 1349—1353, P.O. §. 626, 627 nicht mehr allgemein und unbedingt, vielmehr nur noch in so weit statt, als im einzelnen Fall Zeugenbeweis, mithin auch solcher Vermuthungsbeweis landrechtlich zulässig erscheint.

Zu Art. 9: Meinungseide. Die Eidesordnung versteht darunter solche Eide, die nicht auf die Wahrheit einer Thatsache, sondern auf ein darüber von dem Schwörenden zu fällendes Urtheil und seine daraus sich bildende Meinung gerichtet sind. Sie rechnet dazu:

a. die Eide der Schätzer (juramenta taxatorum.) Nach Prozeßordnung §. 546 kommen solche nur auf jetzt ausdrückliches Verlangen einer Parthei vor. Die Formel des zu leistenden Schwures ist durch die angeführte Verordnung vom 3. Mai 1833 festgesetzt. Der Eid solcher Sachverständigen erscheint hiernach nicht als ein Meinungseid nach obiger Begriffsbestimmung, sondern als ein Vorspruchseid. Sein Gegenstand ist nicht eine Meinung, ein gebildetes Urtheil, sondern ein Wollen und Zusagen.

b. die Bestimmungseide (juramenta in litem) Schätzungseide im Sinne der Prozeßordnung §. 612 und flg. Solche Eide werden auch jetzt noch als Meinungseide, welche unter obigen Begriff fallen, vorkommen können, indem ihr Gegenstand in vielen Fällen nur das Daseyn einer Meinung, eines Urtheils seyn kann. — Die Beschwörung eines Neigungs-Werthes kann nicht mehr vorkommen. L.R.S. 1151a P.O. §. 645.

c. Anerkennungs- oder Abläugnungseide bei'm Urkundenbeweis (juramenta recognitionis vel difessionis). Die Prozeßordnung enthält in dieser Beziehung genaue Bestimmungen. Zur Herstellung des Beweises der

Digitized by Google

bestrittenen Aechtheit der Privaturkunde kann sich der Beweisführer außer allen übrigen Beweismitteln auch der Zuschiebung des Haupteides bedienen. Der zu schwörende Eid ist dann nach Verschiedenheit der Fälle ein Wahrheits- oder ein Nichtwissenseid. P.O. §. 444. Zu bemerken ist, daß hier, abweichend von der allgemeinen Vorschrift der P.O. §. 574 der abläugnende Theil in dem Falle, wenn die Urkunde von einer Person herrührt, für deren Handlung er haftet, den Eid als Wahrheitseid, nicht als Nichtwissenseid leisten soll. In diesem Falle dürfte der Eid im Grunde als ein wahrer Meinungseid sich darstellen, indem der schwurpflichtige Theil nur über die Gewißheit der Wahrheit des Daseyns der Meinung wird schwören können, weil ihm eine andere Gewißheit nach dem Sachverhältniß nicht zu Gebot stehen kann, selbst wenn er die Handschrift der betreffenden Person genau kennt. Weiler in seinen Motiven zur Prozeßordnung hebt diese Abweichung von der allgemeinen Regel des §. 574 und ihren Grund nicht hervor, man könnte daher versucht werden, dieselbe für ein Redaktionsversehen zu halten, wenn sich nicht einiger Grund für die hier eingeführte Eigenthümlichkeit aus der Besonderheit der Verhältnisse schöpfen ließe.

Bei der eidlichen Abläugnung der Urkunden nach stattgehabter Schriftvergleichung dagegen (P.O. §. 451) muß die allgemeine Regel der P.O. §. 474 entscheiden, ob die Abläugnung in Form des Wahrheitseides, oder des Nichtwissenseides zu geschehen hat, da die erwähnte Abweichung auf den bezüglichen Fall beschränkt bleiben muß.

Unter die Vermuthungseide könnte man vielleicht auch demgemäß P.O. §. 625 Ziff. 2 von dem aufzustellenden Beistande für eidesunfähige Personen zu leistenden Eid zählen, denn wenn ein solcher Beistand beschwören soll, daß er keine zureichenden Gründe erlangt habe, aus welchen er die Wahrheit u. s. w. wissen könne," so hat er in der That seine Meinung, das Ergebniß seines Urtheils zu beschwören *).

Zu Art. 14: Verbotene Nebeneide. Nur die eidliche Caution wird als verbotener Nebeneid hier verbannt, wogegen handgelübdliche Verpflichtung zur Stellung oder Zahlung eintreten soll. Die letztere Art handgelübdlicher Sicherheitsleistung findet jetzt nicht mehr statt. P.O. §. 182. Die erstere Art aber, die Gelobung der Stellung vor Gericht, bezugsweise des Nichtentweichens ist gesetzlich noch erlaubt, sie dürfte aber, gleich wie vormals die eidliche Angelobung, durch den Gerichtsgebrauch bei uns selten geworden seyn, und mit Fug und Recht, denn es läßt sich gegen ein solches Gelöbniß einwenden, daß der Verpflichtete, den Fall vorausgesetzt, daß er überhaupt großes Interesse hat, zu entweichen, wenn er gewissenlos ist, leicht mit Nichtachtung des ohnehin gewöhnlich nicht allzuhoch gewürdigten Handgelübdes davonlaufen möchte, während er, wenn er nicht gewissenlos ist, wenigstens in eine gefährliche Versuchung geführt wird, worin leicht die menschliche Schwachheit das Uebergewicht erlangen möchte. Jenes Handgelübde wird zweckmäßig durch andere Sicherungsmittel, z. B. Bürgschaft, polizeiliche Ueberwachung u. s. w. umgangen werden können.

Zu Art. 19: Dienst- und Amtseide. Sie sollten nach der Eidesordnung als Regel aufgehoben, und es sollte dafür ordnungsmäßige Vergelübdung eingeführt seyn, von dieser Regel sollten nur gewisse wichtige oder durchgreifende Oberaufsicht nicht zulassende Dienste ausgenommen bleiben.

Durch hohen Staatsministerialerlaß vom 18. Mai 1820 (Regbl. Nr. 8 S. 44) wurde verordnet, daß alle Civilstaatsdiener duech feierliche Eidesleistung verpflichtet, dagegen auch bei der Versetzung zu deren Erneuerung nicht angehalten werden sollen, wie dieß die hohe Verordnung vom 25. Jan. 1817 (Regbl. Nr. 3 S. 7) befohlen hatte.

Zu Art. 21: Die s. g. Bestabung soll nach diesem Artikel eine doppelte seyn, indem sie für evangelische Unterthanen mit den Worten schließen soll: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium, für katholische Unterthanen aber mit den Worten: so wahr mir Gott helfe und seine lieben Heiligen.

In bürgerlichen Rechtssachen tritt nunmehr nach der angeführten Verordnung vom Jahr 1833 (Regbl. Nr. 19 S. 105) die für beide Confessionen gemeinsame Schluß ein: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort. Da für andere Sachen die frühere Bestimmung fortgilt, so besteht seithee zwischen beiderlei Sachen eine nicht zu billigende, störende Ungleichheit hinsichtlich der Wortform des Eides.

Zu Art. 22: Der Eidesvorbereitung durch seinen Geistlichen muß zufolge dieses Artikels „jedee schwörende, kein Ehrenamt tragende Bürger in Städten oder Dörfern, jeder Hintersaß und jeder Fremde, der in diese Kategorie gehört" sich unterziehen. — Also ein Ehrenamt oder keines. Was ist aber hier unter Ehrenamt zu verstehen? Jedes Amt, das nicht gesetz- oder sittenwidrig ist, und einen vernünftigen Zweck hat, bringt seinem pflichtgetreuen Inhaber Ehre, wenn auch oft nur in sehr bescheidenem

*) Eben deswegen würde ich den im §. 625 Nr. 2 der P.O. erwähnten Eid des Beistands nicht als einen Vermuthungseid, sondern als einen Meinungseid im Sinne der Eidesordnung bezeichnen. Vermuthungseide sind nach Art. 8 Eide über die Wahrheit oder das Nichtwissen bestimmter Thatsachen, aus welchen der Richter Schlüsse auf die Wahrheit der den Streitgegenstand bildenden Thatsachen ableitet.

D. Red.

Digitized by Google

Maße, es ist daher in so fern ein Ehrenamt, gleichwie man z. B. jeden rechtschaffenen Mann einen Ehrenmann nennen mag. In solch' weitem Sinne wird die Bezeichnung Ehrenamt keinesfalls zu nehmen seyn. Was ist also nun ein Ehrenamt im Sinne des Gesetzes? Ein Amt, das nur mit Ehre bezahlt wird? schwerlich, denn sonst wären gerade die wichtigeren Aemter, deren Inhabern am meisten Bildung zugetraut werden darf, ausgeschlossen. Etwa ein Amt, das vorzügliche Ehre bringt? Welche Aemter gehören in diese Klasse?? Dem Ermessen der Behörde ist hier ein allzu unbestimmter Anhaltspunkt gegeben. Sach- und zeitgemäß wäre es wohl, wenn die obige Unterscheidung von Bevorzugten und Unbevorzugten (im Einklang mit §. 7 der Verfassung) ganz aufgehoben würde. Ob und welche kirchliche Vorbereitungen im einzelnen Falle stattfinden möge, könnte wohl füglicher dem Geistlichen überlassen werden, welcher statt des Eides-Vorbereitungsscheines einen Eides-Zulassungsschein oder Anmeldungsschein zu ertheilen hätte.

Zu bemerken ist,

Zu Art. 26: daß dort von einer pfarramtlichen Vorbereitung zu Vergelübdungen die Rede ist. Nach der Verordnung vom 8ten Oct. 1807 (Regbl. Nr. 36 S. 217) über die Form der Vergelübdungen wird solche Vorbereitung bei Veegelübdungen nicht erforderlich seyn, obwohl dieß in der Verordnung nicht ausdrücklich gesagt ist, wie es wegen unseres Artikels 26 hätte geschehen sollen.

Zu Art. 28: Durch die eingeführte Oeffentlichkeit des Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen mußten die hier gegebenen Bestimmungen über die Beschaffenheit des Eidesortes Aenderungen erleiden.

Die zu Art. 21 angeführte Verordnung vom Jahe 1833 hat für solche Rechtssachen namentlich die vorgeschriebene Anwendung eines gedeckten Schwurtisches und der daeauf zu legenden gottesdienstlichen Gegenstände (Heilige Schrift, Evangelienbuch bei Evangelischen — Crucifix bei Katholischen) außer Gebrauch gesetzt. Hienach besteht seither auch in dieser Beziehung zwischen bürgerlichen Eiden und anderen eine nicht zu billigende störende Ungleichheit *). Schwer wird sich der schlichte, gesunde Verstand eines Bürgees darein finden können, wenn er z. B. zufällig am nämlichen Morgen einen Eid in einer bürgerlichen Rechtssache von bedeutenderem und in einer Strafsache von minder bedeutendem Belange zu leisten hat.

Es ist hier nicht der Oet zu untersuchen, in wiefern es überhaupt rathsam und angemessen erscheint, den Eidschwur alles kirchlichen und gerichtlichen Gepränges zu entkleiden, so viel abee scheint gewiß, daß der Eid, mag es sich um Mein und Dein, oder Schuldig und Nichtschuldig, um Hab' und Gut, odee Haut und Haar handeln, immer die gleiche hochbedeutsame Handlung bleibt, und sich demgemäß äußeelich kundgeben soll.

Zu Art. 29, 30: Was die gebotene Anwohnung eines Geistlichen bei der Eidesleistung evangelischee Unterthanen betrifft, so fällt diese Vorschrift hinsichtlich der büegerlichen Eide durch §. 6 der meheerwähnten Veroednung vom Jahe 1833 weg; allein auch hinsichtlich dee übrigen Eide dürfte diese Voeschrift in ihrer ausnahmslosen Allgemeinheit bei unserm jetzigen Gerichtswesen kaum mehe übeeall durchführbar seyn, woher es auch kommen mag, daß solche bei manchen Geeichten, ohne Mißbilligung von Seiten der Obergerichte, seit längerer Zeit außer Gebrauch gekommen ist *).

Zu Art. 31. 32. Noch immee nicht abgeschafft ist die Bestimmung (lit. d), daß der Richtee dem Schwöeenden vor der Eidesabnahme noch den Handschlag abnehmen soll, auf die mitgetheilte Formel nun den Eid leisten zu wollen. Das Unpassende, ja Zweckwidrige dieser Bestimmung fällt wohl in die Augen. Warum vor dem eigentlichen Schwur noch einen uneigentlichen? Beide Schwüre schaden sich gegenseitig, ohne daß duech den Handschlag etwas Erhebliches erzielt werden wied.

Zu Art. 36: Hier ist das zu Art. 5 Gesagte zu vergleichen.

Zu Art. 37: Hinsichtlich der Juden-Eide ist die Verordnung vom 6. März 1813 (Regbl. Nr. 8 S. 45) und die Verordnung vom 20. Febeuar 1829 (Regbl. Nr. 5 S. 48) §. 18 noch maßgebend.

Zu Art. 39: Hiezu ist die zu Art. 26 angefühete Veeordnung vom Jahr 1807 (Regbl. Nr. 36 S. 217) zu vergleichen. Die Formel des Handgelübdes soll biernach eine doppelte seyn, eine für die auf Döefeen befindlichen Bürger, und alle kein Ehrenamt tragenden Städter, die andere für höheee Staatsbürger. Wir begegnen also auch hier wieder einer uneefprießlichen Ungleichförmigkeit, wobei abermals der schwanke Begriff eines Ehrenamtes — jedoch nicht wie bei dee Eidesvorbereitung bei Städtern und Dorfbewohnern, sondern nur bei Städtern — in Anschlag kommt. Sondeebae muß es erscheinen, daß der Unbevorzugte nicht sagen soll: so wahe ich ein ehrlicher Mann bin, während der Bevorzugte sich nicht dem Ver-

*) Einen Beitrag zur bestehenden Unordnung liefert hier die angeführte neueste Auflage des Rettig'schen Werkes (§. 534), worin die für Katholiken geltende Vorschrift als allgemeine, auf jederlei Eide in Untersuchungssachen bezügliche, behandelt wird.

*) Die angeführte Auflage des Rettig'schen Werkes (§. 534) setzt sogar die völlige Aufhebung oder doch das unzweifelhafte Wegfallen der Vorschrift voraus.

Digitized by Google

luſt des ehrlichen Namens unterwirft, daß Erſterer in der Formel ſelbſt auf die dem Meineid gedrohten ſchweren Leibesſtrafen, Letzterer einfach auf die Strafe des Meineids hingewieſen wird.

Es ſcheint unſre Artikel der Eidesordnung die durchgängige Anwendung der einen Formel bezweckt zu haben, allein die beigeſetzte Bemerkung, man wolle es lediglich und durchaus bei dem belaſſen, was über deren Faſſung und Ablegungsart u. ſ. w. die ältern Eidesordnungen beſagen, ſcheint darauf zu deuten, daß keinerlei Aenderungen eintreten ſollte.

Zu Art. 42: Zum Schluſſe handelt die Eidesordnung von der Strafe der Lügen, und der Beſeitigung der letzteren. Wenn wir auch nicht zu denjenigen gehören, welche auf die vergangene Zeit zurückblickend, da noch der Peitſche, ein furchtbarer Rächer der Wahrheit, dem Richter zu Gebot ſtand, mit dem Dichter ausrufen möchten: „Wie ganz anders, anders war es da!“ ſo ſcheint uns doch ſo viel gewiß, daß nach Abſchaffung der Folter und ihrer Erſatzmittel, der Strafe der gerichtlichen Lüge u. ſ. w. ohne Einſetzung des Inzichtenbeweiſes in ſeine Rechte für den Sieg der Wahrheit und die Vernichtung der Lüge im Strafverfahren auf gar zu fühlbar unzulänglicher Weiſe geſorgt iſt, und daß, was das Verfahren in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten betrifft, das durch die Prozeßordnung nach Aufhebung aller Sicherungsmittel gegen böswilliges Rechten (Eid Bosheit zu meiden, Strafen des Läugnens, Succumbenzgelder und dergl.) in weiteſtem Maße freigegebene Recht der Beweineinung, beſonders in den Fällen, wo die Partheien durch Bevollmächtigte vertreten ſind, einem Aergerniß gebenden, den Gang des Verfahrens hemmenden Mißbrauch ausgeſetzt erſcheint, welcher in ſittlicher und rechtlicher Hinſicht die Beachtung von Seiten der Geſetzgebung verdienen dürfte. In letzterer Beziehung könnte vielleicht dadurch geholfen werden, daß der Richter in ſolchen Fällen, wo der Vertreter einer Parthei durch maßloſen, ungeeigneten Widerſpruch eine unverhältnißmäßige Verwicklung oder Weitläufigkeit des Verfahrens veranlaßt, das Recht und die Pflicht erhielte, durch geeignete Verfügungen an die betreffende Parthei ſelbſt, nöthigenfalls mit vorläufiger Unterbrechung des weiteren Verfahrens auf angemeſſene Vereinfachung hinzuwirken, was er, wenn die Partheien ſelbſt vor ihm erſcheinen, auf kurzem Wege ſchon jetzt thun kann und ſoll, obgleich die Prozeßordnung dieß, wie es zu wünſchen wäre, nirgend buchſtäblich ſagt. Doch dieſe Bemerkungen gehören eigentlich nicht zu unſerem Gegenſtand; da indeſſen die Eidesordnung den Stoff in ihr Gebiet gezogen hat, ſo konnten ſie bei dieſer Gelegenheit hier eine Stelle finden.

So viel zur Darſtellung unſeres Eidweſens. Wir ſchließen mit dem Wunſche, daß ſie dazu beitragen möge, hellſehende Blicke einflußreicher Männer in Staat und Kirche, welche die angeführten Mißverhältniſſe nicht in der Nähe und täglich vor Augen haben, auf dieſelbe zu lenken, und daß ſolche Männer im Verein mit Jedem, dem das Heiligſte am Herzen liegt, und dem Gelegenheit ſich darbietet, thunlichſt dahin wirken möchten, daß uns recht bald werde, was längſt ein fühlbares Bedürfniß geworden iſt, was uns ſchon in der Verordnung vom 3ten Mai 1833 verheißen wurde, und was wohl ohne größere Vorarbeiten zu erzielen ſeyn wird — eine vollſtändige, verbeſſerte, der Zeit und ſich ſelbſt entſprechende Eidesordnung.

Eduard Bruer.

*) Alle dieſe Mittel waren freilich mehr oder minder unzulänglich und unzuverläſſig, und deßhalb aufgebenswerth, allein ſie waren aus dem nicht zu verwerfenden Streben hervorgegangen, die ſtarren Grundmaximen des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten mit der chriſtlichen und jeder guten Sittenlehre, welche Wahrhaftigkeit und Redlichkeit vor der Obrigkeit gebieten, möglichſt zu verſöhnen.

II.

Oberhofgericht.

Kann die unſtändige Dienſtbarkeit der Weggerechtigkeit im Falle des L.R.S. 682 durch Erſitzung unter der Herrſchaft des Landrechts erworben werden? (Vergleiche oberhofgerichtliche Jahrbücher neue Folge Jahrgang V. S. 308, 309. Jahrgang VI. S. 46 ff.)

Dieſe Rechtsfrage iſt in neuerer Zeit bei dem zweiten Senate des oberſten Gerichtshofs wiederholt zur Sprache gekommen, ohne daß Uebereinſtimmung der Anſichten erzielt worden wäre, wie dieß aus den Jahrbüchern des Oberhofgerichts erhellt. Die Majorität der Stimmführer neigte ſich zwar zu der affirmativen Beantwortung der Frage, indeſſen ergeben doch ſchon die Entſcheidungsgründe, welche in den verſchiedenen Fällen zur Rechtfertigung der Theorie der Majorität aufgeſtellt wurden, daß bisher noch keineswegs die Anſichten ſich fixirt haben. Bekannt iſt, daß gleiche Uneinigkeit der Anſichten bei den franzöſiſchen Gerichten und Rechtslehrern ſich gezeigt hat. Während der Caſſationshof in der neuern Zeit, wie es ſcheint durch die Rapports von Pardeſſus bewogen, ſich entſchieden zu den Anſichten dieſes Gelehrten, welchem Toullier, Delvincourt, Poncelet, Pailliet in ſeinem Commentar über die Servituten, und ſelbſt Zachariä beiſtimmen, hinneigte, erklärte ſich noch jüngſt Vazeille wiederholt für die ſchon früher von Laſſaulx vertheidigte entgegengeſetzte Anſicht,

Digitized by Google

nämlich dahin, daß die aufgestellte Rechtsfrage negativ zu beantworten sey.

Ich muß gestehen, daß die Gründe der oberhofgerichtlichen Majorität mich eben so unbefriedigt gelassen haben, als die der Lehrer des französischen Rechts, welche derselben Theorie anhängen. Auch die Gründe der, der entgegengesetzten Ansicht huldigenden, Rechtslehrer scheinen mir die Streitfrage nicht zu erschöpfen, und da außerdem bei der Prüfung jener Rechtsfrage sich auch Ansichten über die Entschädigungsansprüche und die darauf bezüglichen Rechte und Verbindlichkeiten des Eigenthümers des dienenden Guts geltend machten, welche ich so gefährdend für die Rechte des Eigenthums wie rechtlich unbegründet erachtete, so glaubte ich, daß es wohl angemessen seyn dürfte, die Aufmerksamkeit des juristischen Publicums auf die vorliegende Rechtsfrage zu lenken und so Veranlassung zu einer gründlichen Erörterung derselben zu geben. Gegenwärtiger Aufsatz ist bestimmt, einen Beitrag zur Lösung der Hauptstreitfrage und einiger in der Praxis regelmäßig gleichzeitig sich aufwerfenden Nebenstreitpunkte zu liefern.

In der Prozeßsache der Fabrikinhaber Lenz und Schnitzler zu Zell Kläger Appellanten Appellaten gegen den Rabenwirth Lechleiter von da beklagten Appellaten Appellanten Ueberfahrtsrecht betreffend, wurden dem Beklagten durch Zwischenurtheil vom 22. October 1840 folgende Beweise nachgelassen:

1) daß sein in den sogenannten Gasselmatten gelegenes Grundstück mittels anderer dermaßen von der gemeinen Straße abgeschnitten sey, daß er, um auf dasselbe gelangen zu können, über die angrenzende Wiese der Kläger, welche dieselbe unter dem 24. Mai 1826 von Joseph Letter erworben haben, zu fahren genöthigt sey,

2) daß er und sein Vater, als sein Rechtsvorfahrer im Besitze des fraglichen Grundstücks, dieses nothwendige Ueberfahrtsrecht seit wenigstens 30 Jahren von der Zeit der damaligen Klageerhebung rückwärts gerechnet ungestört ausgeübt habe.

Die Gründe dieses Zwischenerkenntnisses waren folgende: „die Kläger haben gegen den Beklagten eine Negatorienklage erhoben, weil derselbe auf eine Wiese, welche sie unter dem 24. Mai 1826 von Joseph Letter erkauften, als Besitzer eines daran grenzenden Grundstücks, ein Ueberfahrtsrecht in Anspruch nahm, das sie nicht anerkennen.

Der Beklagte hat dieser Klage, welche nach dem Grundsatze, daß bei der für die Freiheit des Eigenthums sprechenden Vermuthung dem Negatorienkläger lediglich der Beweis seines Eigenthumsrechts obliege, da letzteres zugestanden ist, wohl begründet erscheint, als Einrede entgegengesetzt, daß er auf sein Feld und von demselben auf keine andere Wiese gelangen könne, als in dem er über das fragliche Grundstück der Kläger fahre.

Er hat ferner behauptet, daß dieses Ueberfahren seit undenklichen Zeiten geschehe, das heißt, daß der Beklagte und sein Vater stets über das Feld der Kläger gefahren seyen, weil die Oertlichkeit es so erheischt habe, weßhalb schon bei der Allmendvertheilung in Zell vom 5. Januar 1785, wo die Mutter des Rechtsvorfahrers des Klägers, Samuel Letters Wittwe, das Feld derselben in ihr Loos als Nr. 127 erhalten habe, gesagt sey:

„einerseits die Gasselmatte, anderseits die Allmend, hinter Hr. G. Winterhalter vorn die Allmend, hat auch „den Weg zu leiden,"

in Folge welcher Bestimmung die Samuel Letters Wittwe und später ihr Sohn Joseph Letter stets die Ueberfahrt hätten leiden müssen.

Aus diesem Einredevertrag geht hervor, daß der Beklagte keine andere Dienstbarkeit anspricht als die im L.R.S. 682 gesetzlich begründete nothwendige Durchfahrtsgerechtigkeit, beziehungsweise die Ueberfahrt von seinem Grundstücke in der sogenannten Gasselmatte über das von Joseph Letter erkaufte Wiesenstück, der Kläger nun deßhalb ausüben will, weil er keinen andern Weg zu haben behauptet, um auf die öffentliche Straße zu kommen, daß sich ferner die Verjährung dieses Rechts durch eine unfürdenkliche Ausübung von seiner und seines Vaters Seite nur auf den Erwerb des Ueberfahrtsrechts als einer zur Benutzung jenes Grundstückes nothwendigen Dienstbarkeit bezieht, und endlich in der Berufung auf das Zeller Allmendvertheilungs-Protocoll vom 5. Jenner 1785 nur die Behauptung einer damals schon erkannten Nothwendigkeit jenes Ueberfahrtsrecht, keineswegs aber die Absicht liegt, sich auch auf eine durch Vertrag mit der früheren Besitzerin des klägerischen Grundstückes erworbenen Dienstbarkeitsrechtes stützen zu wollen. Es handelt sich daher nicht um die Frage, ob die von dem Beklagten angerufene Verjährung der Vorschrift des L.R.S. 691 entspricht, und ob das bestrittene Durchfahrtsrecht durch Vergünstigung erworben worden sey, sondern lediglich darum, ob die behauptete Thatsache, daß der Beklagte nicht anders als über die Wiese der Kläger auf sein Grundstück gelangen könne und die langjährige Ausübung dieses Ueberfahrtsrechts die erhobene Klage entkräften können.

Da der eben angeführte L.R.S. 682 dem Eigenthümer jedes Grundstückes, das mittelst anderer von der gemeinen Straße abgeschnitten ist, zur Benutzung seines Feldes das Recht gibt, einen Weg über die Grundstücke seiner Nachbarn zu fordern, wofür er ihnen jedoch Schadenersatz leisten muß, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Beklagte, vorausgesetzt, daß die von ihm behauptete Lage

Digitized by Google

seines Grundstückes erwiesen wird, die in dem gedachten L.R.S. 682 bezeichnete nothwendige Durchfahrtsgerechtigkeit gegen Schadenersatz verlangen kann. Auch schreibt das Gesetz nirgends vor, daß dieses Begehren nur mittelst einer besonderen Klage verfolgt werden könne, indem es namentlich bei der Negatorienklage, wo den Negatorienbeklagten die Beweislast der seinem Dienstbarkeitsrechte zum Grunde gelegten Thatsachen ohnedieß trifft, die Stellung des Klägers nicht erschwert, wenn die auf die Nothwendigkeit gegründete durch das Gesetz gebilligte Dienstbarkeit einredend geltend gemacht wird, und wenn dabei der Beklagte eine solche Dienstbarkeit, ohne Erbieten zum Schadenersatze begehrt, so könnte dieses keine anderen Folgen haben, als daß ihm, falls keine anderen Gründe vorliegen sollten, welche ihn von einer Entschädigungspflicht befreien, die verlangte Dienstbarkeit nicht ohne zugleich über die Pflicht zum Schadenersatz zu erkennen, zugesprochen werden dürfte. In dieser letzteren Beziehung erscheint nun die Behauptung des Beklagten, daß er und sein Vater die fragliche nothwendige Dienstbarkeit seit undenklichen Zeiten ausgeübt habe, als erheblich, weil hierin auch die Behauptung liegt, daß diese Ausübung seit wenigstens 30 Jahren vor Erhebung der Klage rückwärts statt gefunden habe, die Klage auf Entschädigung aber nach L.R.S. 685 der Verjährung entworfen ist, und mithin nach dem gemeinen Rechte, sowie nach dem neuen Landrechte, in dreißig Jahren verjährte, woraus dann umgekehrt folgt, daß der unentgeldliche Erwerb der nothwendigen Durchfahrt des L.R.S. 682 durch 30jährige Ausübung begründet ist, und in einem solchen Falle von einer Entschädigungsverbindlichkeit dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes gegenüber keine Rede mehr seyn kann.

Hiernach kommt es bei dem Widerspruche, welchen die Kläger den in der Einrede von dem Beklagten vorgetragenen Thatsachen entgegengestellt haben, zunächst auf die Führung des Beweises derselben an, worüber jedoch, da das unterrichterliche Beweiserkenntniß vom 30. Mai 1838 die Beweislast nicht ordnungsmäßig festgestellt hat, indem es keine Thatsachen, sondern das Bestehen eines Dienstbarkeitsrechtes im Allgemeinen zum Beweise aussetzte, und da ferner der in erster Instanz erhobene Augenschein der nöthigen Klarheit entbehrt, „nach Vorschrift des Art. 12 der Prozeßnovelle vom 3. Aug. 1837 vor der endlichen Entscheidung noch ein Beweiserkenntniß erlassen werden mußte."

Mir scheint dieses Zwischenurtheil schon deßhalb nicht durch die aus dem L.R.S. 682 ff. hergenommenen Gründe gerechtfertiget, weil

I. Die Frage, ob hier durch Ersitzung die vom Beklagten in Anspruch genommene Durchfahrtsgerechtigkeit erworben werden konnte, und welche Erfordernisse die Ersitzung verlangte? nach dem alten Rechte (vorbehaltlich der rückwirkenden Verfügung des L.R.S. 691) zu beurtheilen war, sodann aber auch deßhalb nicht, weil

II. auch die Grundsätze der L.R.S. 682 ff. nicht richtig in den Entscheidungsgründen gewürdigt wurden.

ad I. Es soll durch 30jährige Ersitzung die Dienstbarkeit erworben worden seyn. Da die Ladung auf die Klage schon im Mai 1838 dem Beklagten zugestellt wurde, so hätte die Ersitzung im Jahr 1808 begonnen haben müssen, es wäre daher die Ersitzung nach altem Rechte zu beurtheilen (L.R.S. 2281). Die Bestimmungen des L.R.S. 682 wären für die Entscheidung des vorliegenden Prozesses ganz gleichgültig, und aus ihnen ließe sich in keinem Falle das Beweiserkenntniß rechtfertigen. Keinem Anstande unterliegt es nun hier, daß nach reinem römischen Rechte durch Ersitzung für ein eingeschlossenes wie für jedes andere Grundstück, die Servitut der Durchfahrtsgerechtigkeit erworben werden konnte.

Dagegen gilt nach römischem Rechte für solche eingeschlossene Grundstücke nichts weiteres Singuläre, als was die Lex. 12 pr. de religiosis (11—7) enthält, nämlich, daß, wenn das eingeschlossene Grundstück eine Grabstätte ist, man vom Richter einen Fußweg (iter) über des Nachbarn Grundstück da, wo es am zweckmäßigsten erscheint, gegen Entschädigung angewiesen begehren kann. Es ist jedoch

1) diese Vorschrift eine strikt zu interpretirende, also nicht analogisch auf andere Fälle anzuwendende singuläre Norm. Für Grabstätten (Thibaut §. 621), hinsichtlich deren auch sonst das römische Recht singuläre Begünstigungen enthält (z. B. Thibaut §. 583), welche Niemanden einfallen würde, analogisch auf andere Fälle in Anwendung zu bringen. Nach Thibauts Zeugniß in seinen Dictaten zu §. 621 sind daher auch in neuerer Zeit mehrere Facultäten, insbesondere die von Heidelberg und Gießen, von der älteren, die Vorschrift generalisirenden Praxis abgegangen. Außerdem aber ist auch noch zu bemerken,

2) daß die gedachte Lex. 12 pr. nicht etwa eine gesetzliche Servitut constituirt, sondern nur das Recht verleiht, ein richterliches Erkenntniß de constituenda servitute zu begehren, worauf alsdann der Richter den Fußweg nach der oportunitas loci anweiset und das justum pretium bestimmt; der Eigenthümer der Grabstätte darf daher nicht — wie er dürfte, wenn die Servitut durch das Gesetz selbst ihm constituirt wäre — ohne Weiteres über des ersten besten Nachbarn Grundstück gehen, sondern er hat den Richter aufzufordern, durch Urtheil die Servitut zu constituiren, er hat also vorerst sich der Ueberschreitung des zur Zeit noch freien Eigenthums seiner Nachbarn zu enthalten und dem Richter die Bestimmung zu

Digitized by Google

überlassen, über welches Grundstück und in welcher Richtung darüber der Weg gehen soll, ferner welche Entschädigung er dem Eigenthümer des zu belastenden Grundstücks zu zahlen hat, und erst nach Zahlung der Entschädigung ist er zur Ausübung der Weggerechtigkeit befugt. Auch die Rechtslehrer, z. B. Thibaut §. 621 classifiziren die Servitut der Lex 12 pr. derelegiosis nicht unter die gesetzlichen, sondern führen sie als eine durch richterliches Urtheil zu erwerbende an.

Will man daher jene singuläre Vorschrift des römischen Rechts auf alle eingeschlossenen Grundstücke ausdehnen und dabei aus dem iter eine via oder gar einen actus machen, so ist doch immer so viel richtig, daß wenn das richterliche Erkenntniß die Servitut zugesprochen und fixirt hat, der Titel derselben nicht das Gesetz, sondern das richterliche Erkenntniß ist, und daß wenn ein solches Erkenntniß nicht erwirkt wurde, die bloße Ausübung der Servitut den Erwerb derselben nur im Wege der gewöhnlichen untitulirten Ersitzung begründen konnte. Keinem römischen Juristen würde es je eingefallen seyn, in der bloßen rechtlichen Möglichkeit der Erlangung irgend eines Wegs gegen Entschädigung durch richterliches Urtheil einen wirklichen Titel für einen bestimmten Weg ohne Entschädigung zu finden, und so die Ersitzung der Weggerechtigkeit als eine titulirte zu behandeln. Man mag daher die Lex 12 pr. auf andere Fälle ausdehnen oder nicht, immerhin ist so viel gewiß, daß der Beklagte (resp. sein Rechtsvorfahrer), da er ein richterliches Urtheil sich nicht erwirkt hatte, von 1808 bis zum 1. Januar 1810 rechtlich, was die Ersitzung anbelangt, in derselben Lage sich befand, wie jeder andere, welcher damals eine Weggerechtigkeit durch fortgesetzten untitulirten Besitz erwerben wollte.

Hätten wir bloß den L.R.S. 2281, so würde nichts entgegenstehen, diese unter der Herrschaft des alten Rechts begonnene gewöhnliche und untitulirte Servituten-Ersitzung durch fortgesetzten Besitz unter der Herrschaft des Landrechts vollenden zu lassen. Allein das Landrecht enthält weiter noch den Satz 691 und dieser ist auf den vorliegenden Fall um deßwillen anwendbar, eben weil die Ersitzung für die Zeit von 1808 bis 1810 sich als die einfache Ersitzung einer unständigen und verborgenen Servitut darstellt. War demnach diese Ersitzung nicht am 1. Januar 1810 bereits vollendet, so konnte sie — da die Anwendbarkeit des L.R.S. 682 ff. im vorliegenden Falle durch den L.R.S. 2281 ausgeschlossen ist — auch nach dem 1. Januar 1810 nicht vollendet werden.

Hiernach würden auch diejenigen, welche der Ansicht sind, das canonische Recht habe im Allgemeinen an den Grundsätzen des römischen Rechts hinsichtlich der Ersitzung der Servituten nichts geändert, im vorliegenden Falle zugeben müssen, daß die vorliegende Dienstbarkeit, da sie als eine gemeine unständige Dienstbarkeit sich darstellt, unter der Herrschaft des Landrechts durch Ersitzung erworben werden konnte. (L.R.S. 691.) Nimmt man aber an, daß solche Dienstbarkeiten nach gemeinem Rechte eine unvordenkliche Ersitzung erforderten, so ist die Irrelevanz der Einrede der Temporalersitzung und die Unrichtigkeit des Beweiserkenntnisses nicht minder augenfällig.

ad II. Zwar lassen die meisten französischen Schriftsteller den Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks in 30 Jahren unter der Herrschaft des Code Napoleon die Durchfahrtsgerechtigkeit durch Ersitzung erwerben und in denselben 30 Jahren zugleich die Entschädigungsforderung des Nachbarn durch Verjährung verloren gehen, es dürfte jedoch die entgegengesetzte Ansicht wohl unbedenklich die richtigere seyn.

1) Die vorzüglichsten Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmten, die unständigen oder verborgenen Servituten für unersitzbar zu erklären, Gründe, welche auch manche teutsche Provinzialgesetze z. B. das Pfälzer Landrecht bestimmten, bei den unständigen Dienstbarkeiten nur eine unvordenkliche Verjährung zu statuiren, treten auch im Falle des L.R.S. 682 ein, die Dienstbarkeit behält völlig ihren eigenthümlichen Character der Unständigkeit, mag das Grundstück, für welches sie in Anspruch genommen wird, von andern eingeschlossen seyn oder nicht. Gerade im Gegentheil wird man behaupten müssen, daß, nachdem der Gesetzgeber durch den L.R.S. 682 für das Bedürfniß des Eigenthümers des eingeschlossenen Grundstücks völlig ausreichende Fürsorge getroffen hat, die Gegengründe, welche etwa dem Verbote des L.R.S. 691 im Allgemeinen entgegenstehen, im Falle des L.R S.682 cessiren.

2) Die Verfügung des L.R.S. 691 trifft, da sie alle verborgenen oder unständigen Dienstbarkeiten umfaßt, auch die Durchfahrtsgerechtigkeit des L.R.S. 682 und dieser letztere Satz macht von dem L.R.S. 691 keine Ausnahme, sondern verleiht dem Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks ein ganz anderes Recht als das der Ersitzung, nämlich das Recht die Constituirung und Anweisung einer Dienstbarkeit durch richterliches Urtheil zu begehren. Da beide Gesetze nebeneinander zur Anwendung gebracht werden können, so sind sie auch beide, jedes in dem Kreise seiner Verfügung, zur Anwendung zu bringen.

3) Ist die Dienstbarkeit der Durchfahrt eine verborgene und unständige und folglich im Allgemeinen durch Verjährung nicht zu erwerben, so trifft sie auch die Regel des L.R.S. 695, daß sie nur durch Vorlage des ursprüngliche Titels oder durch ein Anerkenntniß von Seiten des Eigenthümers des belasteten Grundstücks begründet werden kann. Dieser ursprüngliche Titel soll nun nach der Lehre der Gegner durch das Gesetz, den L.R.S. 682 ersetzt worden. Allein

a) es ist schon in sich widersprechend hier Titel und Verjährung in der Art zu verlangen, daß zu dem Titel die Verjährung hinzukommen muß, um den Erwerb des Rechts zu begründen. Wäre das Gesetz (der L.R.S. 682) ein wahrer Titel, so bedürfte es dazu nicht der Verjährung, denn einen bessern Erwerbtitel als das Gesetz selbst kann keine Gesetzgebung anerkennen, ist aber das Gesetz hier kein Titel, so kann auch die Verjährung nicht helfen, da ja bei unständigen oder verborgenen Servituten die Verjährung den Mangel des Titels nicht ersetzen kann. (L.R.S. 695.)

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 12. | Karlsruhe den 20. März 1841.

I.

Oberhofgericht.

Kann die unständige Dienstbarkeit der Weggerechtigkeit im Falle des L.R.S. 682 durch Ersitzung unter der Herrschaft des Landrechts erworben werden? (Vergleiche oberhofgerichtliche Jahrbücher neue Folge Jahrgang V. S. 308, 309. Jahrgang VI. S. 46 ff.) (Schluß.)

b) Es soll hier aber das Gesetz ein Quasititel seyn, nämlich ein Titel und auch nicht ein Titel; ein Titel, in wie fern es dem Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks im Allgemeinen der Gesammtheit seiner Nachbarn gegenüber das Recht gewährt, eine Durchfahrt zu begehren; kein Titel dagegen in wie fern der Eingeschlossene die Durchfahrt gegen einen bestimmten Nachbarn begehrt, deßhalb soll der Titel den bestimmten Nachbarn gegenüber noch durch Ersitzung verstärkt werden müssen, damit er (der Titel) den Erwerb der Durchfahrtsgerechtigkeit zu begründen vermöge. Wer sähe aber nicht die offene Schwäche dieser Deduction!

Jede Dienstbarkeit wird in dem einzelnen Falle auf ein bestimmtes Grundstück in Anspruch genommen, ist nun auf dieses Grundstück, welches ich das Grundstück A. nennen will, der Anspruch auf Einräumung der Durchfahrt gesetzlich (also etwa durch den L.R.S. 683) begründet, so bedarf der Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks nicht erst noch der Verjährung; ist aber durch den L.R.S. 682 nicht auf dieses, sondern auf ein anderes Grundstück der Nachbarn, welches ich das Grundstück B. nennen will, der Anspruch der Durchfahrt begründet, so kann ja auch der Landrechtsatz 682 nur für die Durchfahrt über das Grundstück B., nicht aber für die angesprochene Durchfahrt über das Grundstück A. den Titel abgeben. Der Anspruch gegen das Grundstück A. hat daher keinen (gesetzlichen) Titel für sich, und die gegen dasselbe geltend gemachte Ersitzung ist so wenig durch einen gesetzlichen Titel unterstützt, daß vielmehr gerade im Gegentheil der Eigenthümer dieses Grundstücks (A) in der Lage ist, auf das Gesetz (die L.R.S. 682 und 683) sich zu berufen, um den Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks mit seinem Anspruch von dem Grundstück A. ab, und auf das Grundstück B. zu verweisen.

Wie wenig der L.R.S. 682 als Titel für die Ersitzung der Durchfahrtsgerechtigkeit geltend gemacht werden kann, ergibt sich endlich

c) auch daraus, daß dieses Gesetz durchaus nicht direkt eine Durchfahrtsgerechtigkeit auf irgend ein durch das Gesetz bestimmtes Grundstück verleiht, sondern nur den Eigenthümer berechtiget, auf richterliche Constituirung einer solchen Gerechtigkeit anzutragen, mit andern Worten: die Servitut des L.R.S. 682 ist (wie die in Lex 12 de religiosis vorkommende) keine gesetzliche, sondern eine richterliche, der Titel der Servitut ist nicht das Gesetz, sondern das richterliche Urtheil. Das Gesetz verleiht dem Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks nur das zur Zeit noch unbestimmte Recht einen Zugang zu, und einen Ausweg von seinem Grundstücke zu verlangen, der Richter erst ist es, welcher durch sein Urtheil die Durchfahrtsgerechtigkeit auf ein bestimmtes Grundstück legt und dadurch die Servitut erst rechtlich constituirt. Diese Servitut ist ihrem rechtlichen Wesen nach so gewiß eine richterliche und keine gesetzliche, als es gewiß ist, daß eine Servitut ohne ein bestimmtes dienendes Grundstück ein rechtliches Unding ist. — Diese richterliche Servitut nun würde, nach der Theorie der Gegner, durch 30jährige Ersitzung erworben, und die Berufung auf den L.R.S. 682, als dem Titel der Ersitzung, ist nichts anderes als die Geltendmachung eines zwar nicht existirenden richterlichen Urtheils, welches man jedoch allenfalls (oder auch nicht) hätte erwirken können, als Titel für diese merkwürdige landrechtliche 30jährige Ersitzung einer unständigen Dienstbarkeit. — Zu einem solchen harmonischen Ganzen verknüpfen die Gegner die L.R.S. 691 und 695 mit den L.R.S. 682 und 683!

Digitized by Google

Es wird hiernach nachgewiesen sein, daß auch im Falle des L.R.S. 682 die unständige Dienstbarkeit der Durchfahrt durch Ersitzung unter der Herrschaft des Landrechts nach den Sätzen 691 und 695 nicht erworben werden kann.

In Zusammenhang mit den Grundsätzen, welche bei der Beantwortung der Hauptstreitfrage zur Anwendung zu bringen sind, stehen einige weitere Fragen, deren Beantwortung durch den obersten Gerichtshof mir ebenfalls gegründeten Einwürfen zu unterliegen scheint.

1) Der oberste Gerichtshof nimmt nämlich an, daß demjenigen, welcher ein Wegrecht über irgend ein Grundstück seiner Nachbarn fordern kann und dasselbe über ein bestimmtes Grundstück der Nachbarn bereits, sey es auch während der kürzesten Zeit, ausübte, das Wegrecht unbedingt zuzuerkennen, die Entschädigungsforderung aber zum besonderen Rechtsantrage zu verweisen sey.

Daraus würde nichts Anderes folgen, als daß die Ausübung des Wegrechts sofort die Dienstbarkeit constituire, ohne daß es eines richterlichen Urtheils darüber bedürfte, über welches Grundstück nach den Grundsätzen des L.R.S. 683 die Servitut anzuweisen sey. Diese in den Jahrbüchern Bd. V. S. 308, 309 angenommene Theorie geht demnach so weit, daß sie bei einer unständigen Dienstbarkeit im Falle des L.R.S. 682 nicht blos einen Besitz und eine Ersitzung zuläßt, sondern auch durch den bloßen Besitz ohne Ersitzung die Dienstbarkeit constituiren läßt. Trotz der Auctorität, welcher die Ansichten des obersten Gerichtshofs mit Recht in unserem Lande sich erfreuen, wird es nicht nöthig seyn, diese Rechtsansicht zu widerlegen! Es versteht sich übrigens, daß dem Besitzer des eingeschlossenen Grundstücks unbenommen ist, bei dem Gerichte auf die Anweisung einer einstweiligen Durchfahrt da, wo der Fall sich dazu eignet, anzutragen.

2) Auch hinsichtlich der Klagenverjährung, welche in dem Falle der Jahrbücher Jahrgang VI. S. 46 als Verjährung eine Klage des Nachbarn gegen die übrigen Nachbarn, in dem Falle Lenz und Lehleiter aber als Verjährung der Entschädigungsklage die Ersitzung der Dienstbarkeit des bestimmten Grundstücks vermitteln soll, kann ich, so wenig was den Anfang der Versitzung der Entschädigungsklage, als was die angegebene Wirkung der Klagenverjährung bezüglich auf die Erwerblichkeit der Dienstbarkeit anbelangt, von der Richtigkeit der oberhofgerichtlichen Ansichten mich überzeugen.

Ehe der Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks durch richterliches Urtheil (L.R.S. 683) oder eine einstweilige Verfügung (P.O. 709 ff.) definitiv oder provisorisch die Durchfahrt angewiesen erhalten hat, erscheint jede Ausübung der Durchfahrt über ein bestimmtes Grundstück der Nachbarn als die Ausübung einer gewöhnlichen unständigen Dienstbarkeit, und die Handlungen, worin die Ausübung der Weggerechtigkeit bestehen, als eine Sache der bloßen Nachsicht (L.R.S. 2232a), sie können also, nach den Grundsätzen des Landrechts, die Ersitzung einer Dienstbarkeit nie begründen. Die Klage, welche durch diese Handlungen dem Eigenthümer des benachbarten Grundstücks begründet wird, ist keine andere als die gewöhnliche negatorische Klage. Angenommen aber auch, der Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks würde etwa ausdrücklich den Nachbarn erklären, wohl gar eine Willenserklärung durch öffentlichen Act dem Nachbarn eröffnen, daß er die Rechte des L.R.S. 682 für sein Grundstück in Anspruch nähme, so würde doch immer dem die Servitut bestreitenden Nachbarn keine andere als die negatorische Klage zustehen, denn nur der, welcher die Servitut zugesteht, oder nach richterlichem Urtheil zugestehen muß, ist in der Lage die Entschädigung des L.R.S. 682 in Anspruch zu nehmen, also die Entschädigungsklage zu erheben, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil so lange die Servitut nicht durch Einverständniß der Partheien feststeht, oder durch irgend einen andern Titel fest constituirt ist, auch jedes Begehren von Entschädigung für die nicht constituirte Servitut rechtlich unbegründet wäre. Die Entschädigungsklage setzt also die rechtliche Constitution der Servitut voraus und folglich kann — wenn Ersitzung die Servitut begründet haben soll — erst nach Vollendung des Erwerbs durch Ersitzung die Verjährung der Entschädigungsklage zu laufen beginnen (actioni nondum natae non praescribitur) und damit widerlegt sich denn auch zugleich die in den Entscheidungsgründen zum Zwischenurtheile vom 22. October 1840 geltend gemachte Rechtsansicht, daß durch extinctive Verjährung der Entschädigungsklage der Erwerb der Dienstbarkeit vermittelt werde. Denn da diese extinctive Verjährung erst nach vollendeter Erwerbung der Dienstbarkeit ihren Anfang nimmt, so kann sie die Erwerbung der Dienstbarkeit nicht vermitteln. Ohnedem mag es wohl vorkommen, daß durch Ersitzung eines Rechts die Klage auf ein anderes folgeweise verloren geht (z. B. L.R.S. 2180), niemals kann aber durch die Verjährung einer persönlichen Klage die acquisitive Ersitzung eines dinglichen Rechts vermittelt werden, und dieß aus dem einfachen Grunde, weil die Requisite solcher Klagenverjährung dirjenigen der Ersitzung des dinglichen Rechts nicht erschöpften.

Das, was über die erlöschende Verjährung und deren Wirkungen in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern Neue Folge Band VI. S. 51 gesagt wird, dürfte so wenig, wie das, was darüber in den Entscheidungsgründen zum Zwischenurtheile vom 22. October 1840 sich findet, bei näherer Prüfung befriedigen.

Digitized by Google

Anbelangend die Auffassung der Sache in den Jahrbüchern, so dürfte sie Satz für Satz mehr als einem ungegründeten Bedenken unterliegen, denn

1) soweit das Wegrecht selbst in Frage liegt, ergibt das rechtliche Wesen einer Dienstbarkeit, daß nur das Verhältniß des herrschenden zum bestimmten dienenden Gute der Streitgegenstand seyn kann.

2) Die Nachbarn unter sich haben hier gar kein Klagrecht, wie sollte also von der Verjährung einer solchen Klage gegen die übrigen Nachbarn die Entscheidung über den Dienstbarkeitsstreit gegenüber dem Eigenthümer des eingeschlossenen Grundstücks abhängig seyn können?

Die Sache steht vielmehr einfach so: entweder ist die unständige Dienstbarkeit der Weggerechtigkeit im Falle des L.R.S. 682 ausnahmsweise ersitzbar oder nicht. Ist sie ersitzbar, so kommt es nur darauf an, ob die Requisite der erwerbenden Ersitzung der Dienstbarkeiten im einzelnen Falle gegeben sind oder nicht, bleibt es aber für diese Dienstbarkeit bei der Regel der Unersitzbarkeit der unständigen Servituten, so erscheint auch da, wo die Voraussetzungen des L.R.S. 682 gegeben sind, jede Ausübung der Weggerechtigkeit als eine Sache der bloßen Nachsicht dessen, der sie geschehen läßt (S. 2232), und es kann weder von einer acquisitiven Ersitzung der Servitut, noch von einer extinctiven Verjährung der negatorischen Klage die Rede seyn, die extinctive Verjährung der Entschädigungsklage (L.R.S. 685) fängt erst nach vollendeter Constituirung der Servitut auf ein bestimmtes Grundstück zu laufen an, und von der extinctiven Verjährung einer Klage des einen Nachbarn des eingeschlossenen Grundstücks gegen die übrigen Nachbarn kann überhaupt keine Sprache seyn.

Dr. Bertheau.

II.

Oberhofgericht.

Rechtsfall die Vortheilsgerechtigkeit nach dem Gesetz vom 23. März 1808 betreffend.

Am 16. März 1824 übergaben die Joseph Weishaarschen Eheleute zu Pfohren im Bezirksamte Hüfingen ihre Liegenschaften und Fahrnisse ihrem Sohne Ignaz Weishaar um den Schätzungswerth von 12,093 fl. Bei dieser Vermögensübergabe wurde bedungen, daß der Uebernehmer außer einem Leibgeding 1000 fl. baar auf Martini 1824 an seine Eltern bezahlen solle. Zugleich behielten sich die Elteen 27 Jauchert Güter und einige Fahrnisse zur lebenslänglichen Benutzung vor, und der Sohn Ignaz Weishaar übernahm die Verbindlichkeit diese vorbehaltenen Güter unentgeldlich zu bebauen.

Am 20. Juli 1829 wurde zu der Uebergabe vom 16. März 1824 der Zusatz gemacht, daß die Joseph Weishaarschen Eheleute entschlossen seyen, auch die vorbehaltenen Güter und Fahrnisse nach Abzug der Lasten und der Vortheilsgerechtigkeit um 2000 fl. zu übergeben und zwar unter folgenden Bedingungen:

1) Müsse der Sohn Ignaz den Uebergabsschilling, so wie die frühern 1000 fl., zusammen also 3000 fl. mit Martini 1829 entweder baar bezahlen, oder mit 5% verzinsen.

2) Stehe es dem Uebernehmer frei, ob er die Grundstücke um den Schätzungswerth, resp. elterlichen Anschlag, einschließlich der Fahrnisse um 2000 behalten, oder aber selbe bloß um ein jährliches Bestandgeld von 150 fl. in Pacht nehmen, oder endlich, ob er das Ganze gar nicht wolle.

Dieser in einer öffentlichen Urkunde aufgenommene Act, welcher keine Erklärung des Ignaz Weishaar enthält, schließt mit den Worten:

„Uebrigens wird hier bemerkt, daß all das im Hauptvertrag bedungene und hier nicht namentlich abgeänderte seine volle Wirkung behalten solle."

Vorgelesen, mit Zufriedenheit anerkannt und unterschrieben auf Seiten

der übergebenden Eltern — des Uebernehmers" und hierauf folgen auf der linken Seite die Unterschriften der Joseph Weishaarschen Eheleute und rechts die Unterschrift des Ignaz Weishaar. Am 16. September (?) starb Joseph Weishaar, ohne daß eine Theilung vorgenommen wurde. Im Juli 1837 starb auch Ignaz Weishaar kinderlos mit Hinterlassung einer Wittwe, ohne sich erklärt zu haben, ob und unter welchem Rechtstitel er die vorbehaltenen Güter oder Fahrnisse behalten wolle.

Bei der Theilung verlangte die Joseph Weishaarsche Wittwe die Zuscheidung der Hälfte der vorbehaltenen Güter um den Schätzungswerth, so wie der Hälfte der Fahrnisse oder des häiftigen Schätzungswerths. Diesem Begehren, welches von der Ignaz Weishaarschen Wittwe bestritten wurde, gab die Theilungsbehörde nicht statt, weßhalb die Joseph Weishaarsche Wittwe eine Klage gegen ihre Schwiegertochter erhob. In dieser wiederholte sie den, vor der Theilungsbehörde gestellten Antrag, welchem sie noch die Bitte voranstellte, die Vermögensübergabe vom 20. Juli 1829 für wirkungslos zu erklären. Zur Begründung dieser Klage wurde vorgetragen, der Act vom 20. Juli 1829 sey eine Vermögensübergabe und somit wie eine Schenkung unter Lebenden zu beurtheilen. Es fehle demselben aber ein Haupterforderniß einer gültigen Schenkung, nämlich die Annahme des Geschenknehmers in bestimmten Ausdrücken. Es seyen daher die vorbehaltenen Gegenstände Eigenthum der Eltern geblieben und es gebühre davon kraft der zwischen denselben bestande-

Digitized by Google

nen allgemeinen Gütergemeinschaft der überlebenden Wittwe die Hälfte im Stück.

In der Einlassung auf die Klage wurde der Umstand, daß die Joseph Weishaarschen Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt, dadurch zugestanden, daß zugegeben wurde, dieselben hätten durch den Uebergabsvertrag vom 16. März 1824 ihr liegendes und fahrendes Vermögen ihrem Sohne Ignaz Weishaar übergeben. Dagegen berief sich die Ignaz Weishaarsche Wittwe auf die factische Annahme der Uebergabe vom 20. Juli 1829 durch Besitzhandlungen von Seiten ihres Mannes. Als solche wurden aufgeführt, die Zahlung der Grundsteuer, eine Gegenleistung an Heu und Ohmed und der Umstand, daß Ignaz Weishaar vier von den vorbehaltenen Jauchert Feld von einem Grundzins befreit habe. Endlich setzte die Beklagte der Klage die Einrede entgegen, die vorbehaltenen Güter seyen ein Theil eines Bauerngutes, zu welchem nach bestätigter Ortssitte dem Ignaz Weishaar ohnehin das Vortheilsrecht zugestanden, weil das Gut von seinem Vater hergekommen. Der Vater habe das Gut nach Abzug von $^1/_{10}$ Vortheilsrecht an seinen Vortheils berechtigten Sohn übergeben und die Mutter habe durch Mitunterschrift in den Uebergabsvertrag eingewilligt.

Replicando trug die Klägerin vor, es sey im Jahr 1829 und später gar kein Vertrag zu Stande gekommen, indem Ignaz Weishaar niemals eine Erklärung abgegeben habe. Die Entrichtung der Steuern sey derselbe schon nach der Uebergabe vom Jahr 1824 schuldig gewesen und die übrigen Vorgänge könnten weder die ausdrückliche Annahme einer Schenkung noch die Einwilligung zu einem Vertragsabschlusse ersetzen. Von einer Vortheilsgerechtigkeit könne keine Rede seyn, indem Ignaz Weishaar der einzige Sohn und alleinige Erbe seines Vaters gewesen und dieselbe zu der Vertheilung vom Jahr 1824 selbst mitgewirkt. Auf die Vermögensübergabe vom Jahr 1824 können sich die Beklagte nicht beziehen, weil es sich hier um Vererbung von Gegenständen handle, welche in dem damals übergebenen Vermögen nicht begriffen, sondern ausdrücklich vorbehalten gewesen seyen.

Die Behauptung der bestätigten Ortssitte wurde widersprochen.

Der Richter erster Instanz erkannte nach dem Klagantrag.

In zweiter Instanz schützte der Beklagte wiederholt die Einrede der Vertheilsgerechtigkeit vor, worauf die Klägerin entgegnete, die 27 Jauchert Feld und die Fahrnisse hätten sich die Eltern im Jahr 1824 vorbehalten. Auf das alternative Anerbieten der Eltern habe sich Ignaz Weishaar nie erklärt, weder er noch seine Wittwe hätten sonach jemals ein Eigenthumsrecht an jenen vorbehaltenen Gegenständen erworben, sondern dieselben seyen den Eltern verblieben. Nach dem Tode der Ehemänner der streitenden Theile müsse deßhalb das vorbehaltene elterliche Vermögen unter Berücksichtigung der erwiesenen Gemeinschaftsart ganz nach den Anträgen der Klägerin abgetheilt werden.

Auf diese Verhandlungen hin gab das Großherzogliche Hofgericht des Seekreises den Beklagten auf, zu beweisen, daß die Untheilbarkeit der Güter und die Vertheilsgerechtigkeit in ihrer Gemeinde hergebracht und die Beibehaltung dieser Bestimmungen auch nach dem Erscheinen des Gesetzes vom 23. März 1808 in gesetzlicher Form und Zeit beschlossen worden sey.

Die Entscheidungsgründe waren folgende:

„Die Klägerin stellt das Begehren, zu erkennen, daß die von ihr und ihrem verstorbenen Manne Joseph Weishaar unterm 20. Juli 1829 gepflogene Vermögensübergabe an ihren Sohn Ignaz Weishaar als wirkungslos aufzuheben, und ihr sofort auf das erfolgte Ableben dieses letztern die Hälfte der dort übergebenen Liegenschaften und Fahrnisse von der beklagten Wittwe im Stücke zu überlassen seyen.

Als Grund der Nichtigkeit des Vertrags wird angeführt,

1) daß derselbe ohne Zuziehung von Zeugen errichtet,

2) in dem Grundbuch nicht eingetragen worden sey,

3) der Vertrag niegends der Abnahme von Seiten des Abnehmers erwähne.

Was die beiden ersten Gebrechen betrifft, so begründen sie noch keineswegs die Unwirksamkeit der Schenkung oder der Vermögensübergabe, da nach L.R.S. 931 zu ihrer gültigen Form nur die Mitwirkung des Staatsschreibers, welche hier nicht fehlt, und nicht die Zuziehung zweier Zeugen erfordert wird. Ihr Eintrag in das Grundbuch ist auch nur nöthig, um sie dem Rechte dritter gegenüber zu gewähren. Die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts unter den Contrahenten selbst wird aber nirgends von dem Eintrage abhängig gemacht. L.R.S. 1583 b.

Dagegen ist der ad 3 angeführte Mangel begründet, da in Gemäßheit des L.R.S. 1100 a b Vermögensübergaben an die von der Form der Schenkungen vorgeschriebene Regeln gebunden sind, in Gemäßheit des L.R.S. 932 eine Schenkung aber für den Geber unverbindlich und durchaus wirkungslos ist, so lange sie nicht in bestimmten Ausdrücken angenommen worden ist.

Der Act vom 20. Juli 1829 spricht auch deutlich aus, daß durch denselben nur der Vertrag über die früher zu Stand gekommene Vermögensübergabe vom 10. März 1829 abgeändert werden soll und zwar lediglich in Beziehung auf die dort vorbehaltenen 27 Jauchert 1 Viertel 35 Ruthen Acker und Wiesen und die Fahrnisse im Anschlag zu 383 fl. 24 kr., und da ferner dem Uebernehmer die Facultative überlassen worden, diese Grundstücke entweder

Digitized by Google

um den Werth von 2000 fl. als Eigenthum, oder aber bloß pachtweise zu übernehmen und in dem ersten Falle noch Naturalleistungen bedungen worden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der fragliche Vertrag die rechtliche Natur einer Vermögensübergabe und keineswegs eines Kaufvertrags habe. Der Beweis des Klaggrundes ergibt sich aus der Urkunde vom 20. Juli 1829 selbst — auf welcher zwar die Unterschrift des Uebernehmers, nirgends aber dessen durch das Gesetz gebotene ausdrückliche Erklärung über die Annahme zu ersehen ist, und weil gerade der Vertrag selbst ihm die Wahl vorbehält, auf welche Weise der Uebernehmer die übergebenen Grundstücke annehmen wolle. Eben so erscheint auch das weitere Begehren, womit der Klägerin die Hälfte der Liegenschaften und Fahrnisse zuerkannt werden soll nach L.R.S. 826 begründet, und die Klage durch den nirgends bestrittenen Thatumstand, daß die Klägerin mit ihrem verstorbenen Ehemann in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte und die Grundstücke noch in natura vorhanden sind — somit in jeder Beziehung als erwiesen.

Was nun die Einrede der stillschweigenden Annahme der Vermögensübergabe betrifft, gestützt auf die Behauptung, daß der Unternehmer die übergebenen Güter auf eigene Rechnung umgetrieben, den auf einem Theil derselben gehafteten Grundzins abgelöst, auch die zum Vortheile der Uebergeber bedungene Naturalleistungen erfüllt habe, so ist diese im Gesetz nicht begründet, da wie oben nachgewiesen worden, zur Rechtsbeständigkeit einer Vermögensübergabe die ausdrücklich bestimmte Annahme in der Urkunde selbst, oder in einem besonders errichteten Notariatsinstrumente erfordert wird, und es an einer bloß factischen Annahme nicht genügte.

Brauers Erläuterungen Bd. II. 371, 372. Zachariä Bd. IV. §. 658.

Diese Einrede könnte zu Folge des L.R.S. 1340 nur dann berücksichtigt werden, wenn der Vollzug des Vertrags nach dem Tode der Geber erfolgt wäre, da aber der eine derselben, nämlich die Klägerin noch am Leben ist, so kann auch nach einem Vollzuge nach ihrem Tode keine Rede seyn. Die zur Begründung dieser Einrede angeführten Thatsachen sind daher unerheblich und aus diesem Grunde kann auch auf den von der Beklagten der Klägerin deßfalls zugeschobenen Haupteid keine Rücksicht genommen werden. Dagegen erscheint die weiter entgegengesetzte Einrede der Vortheilsgerechtigkeit der Beklagten in der Untheilbarkeit des zu vertheilenden Gutes in Gemäßheit der §§. 3, 6, 10 des Gesetzes vom 23. März 1808 (Regbl. XI.) und des §. 18 des ersten Einführungsedikts zum Landrechte begründet, da geschlossene Hofgüter ohne Genehmigung der Oberpolizeibehörde und Einwilligung des Vorzugsberechtigten nicht in Stücke getheilt werden dürfen, bei dem Ableben des Vaters auch der vorhandene Sohn das Vorzugsrecht an demselben anzusprechen hat, in so fern die Beibehaltung diese Bestimmungen in gesetzlicher Form und Frist von der Gemeinde beschlossen worden.

Die der Einrede zu Grund gelegte Thatsache, daß der Vater vor dem Sohne gestorben und der letztere mit der Beklagten in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte, ist unbestritten, daher auch die Passivlegitimation der Beklagten außer Zweifel gesetzt. In Erwägung jedoch, daß die Klägerin die von der Beklagten behauptete Thatsache in Abrede stellt, daß die Untheilbarkeit der Güter und die Vortheilsgerechtigkeit in ihrer Gemeinde hergebracht und ihre Beibehaltung nach dem Erscheinen des Gesetzes vom 23. März 1808 in gesetzlicher Form und Frist beschlossen worden sey, mußte ihr, da von der Gewißheit dieser Thatsache die Entkräftung der Klage abhängt, der Beweis hierüber aufgelegt werden. Die Replik der Klägerin, daß der Uebernehmer schon in dem ersten Vertrage über die Vermögensübergabe vom 16. März 1824 in die Theilung des Hofgutes eingewilligt habe — ist thatsächlich nicht begründet, weil nicht die Trennung, wie sie in diesem Vertrage verabredet worden, sondern die weitere Theilung der dort als besondere Parcelle vorbehaltenen 27 Jauchert 1 Viertel 35 Ruthen und wie diese nun erst in Folge des Erbanfalles verlangt wird, in Frage ist."

Der aufgelegte Beweis wurde genügend geführt, worauf das unterrichterliche Urtheil in so fern bestätigt wurde, als es die Beklagte für schuldig erklärte, die Hälfte der im Vermögensübergabsvertrag vom 20. Juli 1829 verzeichneten Fahrnisse, in so weit solche nicht als liegenschaftliche Zubehörden zu betrachten, im Stücke an die Klägerin herauszugeben, oder wenn diese nicht mehr vorhanden, oder verschlimmert seyn sollten, die Hälfte des angeschlagenen Werths zu ersetzen. Abgeändert wurde das Erkenntniß I. Instanz, in so fern die Beklagte für schuldig erklärt worden, mit der Klägerin die in dem erwähnten 27 Jauchert Felder im Stück zu theilen, wogegen festgesetzt wurde, daß die Klägerin mit ihrem Begehren auf die Stücktheilung hinsichtlich der Liegenschaften abzuweisen sey. Bei dieser Entscheidung ging der Gerichtshof von nachstehenden Motiven aus: „Ueber die Begründung der Klage und Einreden ist das Erforderliche schon in den Motiven zum Zwischenurtheil vom 27. Oct. 1837 erörtert und es handelt sich daher lediglich noch um die Frage, ob die Beklagte der Beweisauflage Genüge geleistet habe?

Diesen Beweis hat die Beklagte durch Berufung auf die Verhandlung und Abstimmung der Gemeindebürger zu Pfohren vom 28. Februar 1813 über Beibehaltung der in der landesherrlichen Verordnung vom 23. März 1808 Rgbl.

Digitized by Google

Nr. 11 festgesetzten Vertheilsgerechtigkeit und die von der zuständigenden Behörde dem frühern Directorium des Donaukreises zu Villingen unterm 31. März 1813 hierüber ertheiltrn polizeilichen Genehmigung angetreten:

In jener Verhandlung ist dargethan, daß in der dortigen Gemeinde bei Vererbungen oder elterlichen Uebergaben von Liegenschaften die Vertheilsgerechtigkeit zu Gunsten der Söhne hergebracht sey, und die Beibehaltung dieser Uebung von der Gemeinde beschlossen wurde.

Diese Urkunden hat der klägersche Anwalt in der Verhandlung vom 10. Februar anerkannt, und sie bewiesen daher, sowohl durch dieses Anerkennen, als durch ihre Beschaffenheit als öffentliche Urkunden vollkommen ihren Inhalt.

Die Vertheilsgerechtigkeit erstreckt sich jedoch bloß auf die Rechte an Liegenschaften, nicht aber auch auf die Ansprüche an Fahrnisse, soweit diese nicht in Gemäßheit des L.R.S. 524 als liegenschaftliche Zugehörden betrachtet sind.

Die anderen nicht unter diese Bestimmung fallenden Fahrnisse kann der Erbe zu seinem Antheile immer im Stücke, und wenn sie nicht mehr vorhanden sind, den Ersatz im Werthe verlangen.

In III. Instanz beschwerte sich die Klägerin darüber, daß nicht das Urtheil I. Instanz seinem ganzem Inhalte nach bestätigt worden, und zur Rechtfertigung dieser Beschwerden wurde außer dem in hofgerichtlichen Entscheidungsgründen zur Beweisauflage zu Gunsten der Klägerin enthaltenen folgendes vorgetragen:

Nach den Verhandlungen sei es unbestritten, daß die Joseph Weishaarschen Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt, und daß ihr ganzes Vermögen gemeinschaftliches Eigenthum gewesen. Es ergebe sich dieß namentlich aus dem Geständniß des Beklagten, daß die Joseph Weishaarschen Eheleute durch den Uebergabsvertrag vom 16. März 1824 ihr liegendes und fahrendes Vermögen ihrem Sohn übergeben. Es gehe dieß ferner aus den beiden Acten vom 16. März 1824 und 20. Juli 1829 hervor. Denn in dem erstern heiße es:

„Joseph Weishaar und dessen Ehefrau haben sich entschlossen ihr Bauerngewerb nebst dem größten Theil der Fahrnisse zu übergeben.

Dieser Verhandlung wohnten an die übergebenden Eltern.

Die Eltern übergeben ihrem Sohn

I. an Liegenschaften ꝛc. . . . .

II. an Fahrnissen . . . .

Den Eltern sind mit März d. J. 1000 fl. baar zu zahlen.

Den Rest per 6266 fl. 49 kr. kann Uebernehmer für sich und für die seinen Eltern abzugebenden Leibgedingsgegenstände abrechnen.

Zur lebtägigen Benutzung behalten sich die Eltern folgende Plätze im Haus vor.

Hat Uebernehmer den Eltern alljährig folgendes Leibgeding zu entrichten.

Die von den Eltern zur freien Disposition vorbehaltenen Felder.

Uebernehmer hat alle herrschaftliche Steuern und etwaige andre Lasten, welche auf die Liegenschaften der Eltern repartirt werden sollten . . zu bezahlen."

Eben so finde sich in dem Act vom 29. Juli 1829, auf welchen die Beklagte sich selbst berufen die Stelle:

Die Eltern Joseph Weishaar und dessen Ehefrau übergeben ihrem Sohn zu unwiderruflichem Eigenthum.

Sollte über diesen Punkt noch irgend ein Zweifel obwalten, so müsse derselbe noch in III. Instanz zum Beweis ausgesetzt werden, weil dieses in den frühern Instanzen nicht geschehen, und weil — wenn als erwiesen angenommen werden müsse, daß die Joseph Weishaarschen Eheleute in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt und daß das ganze Vermögen derselben Gemeingut gewesen — das Urtheil I. Instanz wieder hergestellt werden müsse. Die Klägerin habe sich nämlich sowohl in ihrer Klage, als replicando in der Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerdeschrift auf jene Thatsachen berufen, und dieselben beseitigten offenbar die vorgeschützte Einrede der Vortheilsgerechtigkeit. Denn setze man den Fall, die Vermögensübergabe vom Jahr 1824 habe nicht stattgefunden, so wäre nach deutschem Privatrecht, nach welchem das Gesetz vom 23. März 1808 zu beurtheilen mit dem Tode des Joseph Weishaar zwischen dessen Sohn und Wittwe bis zu deren Wiederverheirathung die communio bonorum prorogata eingetreten. Dieß bestätige auch das Gesetz vom 23. März 1808 §. 10, indem es dem überlebenden Ehetheil bis zu seiner Wiederverheirathung die Verordnungsbefugniß über das Ganze gebe, wenn das Gut Gemeingut gewesen und nicht früher schon beide Ehetheile gemeinschaftlich darüber verordnet hätten. Nun hätten aber beide Ehetheile im Jahr 1824 nur über einen Theil des Hofguts verordnet, sich den andern aber vorbehalten, es stehe also auch die Verfügungsgewalt über den vorbehaltenen Theil der Mutter bis zu ihrer Wiederverheirathung zu. Wäre diese Ausführung nicht richtig, so spräche für die Ansprüche der Beklagten gar nichts, denn auch sie sey nur kraft der zwischen ihr und ihrem Ehemann bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft Rechtsfolgerin desselben. Hiergegen dürfe auch nicht angeführt werden, daß eine theilweise Vermögensübergabe ohne oberpolizeiliche Genehmigung im Jahr 1824 nicht zulässig gewesen. Denn davon ausgehend müsse man die ganze Uebergabe vom Jahr 1824 für nichtig erklären, was nur der Klägerin zum Vortheil, der Beklagten aber

Digitized by Google

zum Nachtheil gereichen und die Ansprüche der Klägerin nur erhöhen könne.

Der oberste Gerichtshof hat jedoch, ohne auf eine Widerlegung dieser Rechtfertigung der oberappellantischen Beschwerde einzugehen, das Urtheil des Hofgerichts unter Adoption der Entscheidungsgründe dieses Collegiums lediglich bestätigt. O.H.Adv. v. Soiron.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreis.

Ueber die Bedingungen der Rechtskraft des Ganturtheils und Vertheilungs-Bescheides. (P.O. §. 915, 925. Gesetz vom 3. Aug. 1837 Art. 2).

In der beim Bezirksamt Lörach anhängigen Gant des Conrad Mörgelin von Bingen traten nach der Verkündigung des Ganturtheils die Mutter und der Bruder des Gantschuldners als Gläubiger mit Ansprüchen aus einer Vermögensübergabe auf. Nach Vernehmung der Massevertreter wurde in Folge einer amtlichen Verfügung von einem Theilungs-Commissär der Vertheilungsbescheid entworfen, in welchem zur Bildung von Rentenkapitalien für jene beiden Gläubiger eine Summe von 6085 fl. 34 kr. vor Allem von dem Erlös der Massliegenschaften in Abzug gebracht wurde, um für den Rentenbezug unter besondere Verwaltung gestellt zu werden. S. und J. J. Merian von Basel, welche mit einer durch bedungenes Unterpfand gedeckten Forderung von 5750 fl. nebst Zinsen in die dritte Klasse des Ganturtheils gesetzt waren, geriethen nach diesem Entwurf des Vertheilungs-Bescheids, welcher auch ihren Unterpfandserlös theilweise der Gründung jener Rentenkapitalien widmete, mit einem Theil ihrer Forderung in die fünfte Ordnung, wo sie ein Verlust von 2934 fl. 4 kr., jedoch mit der Hoffnung auf einstige vorzügliche Befriedigung aus jenen Kapitalien nach Beendigung des Rentenbezugs treffen soll.

In der zur Eröffnung dieses Bescheids vom Ganteichter angeordnete Tagfahrt vom 20. Juli v. J., wozu auch S. und J. J. Merian geladen waren, erschien mit ihrer Vollmacht ein Anwalt, welcher in ihrem Namen gegen jene Bestimmungen der Distribution insbesondre gegen die Aufnahme und Stellung der im Ganturtheil gar nicht vorkommenden Rentenansprüche sogleich Erinnerungen vortrug, welche durch eine in unterbrochenem Act verkündete Verfügung des Richters als unbegründet verworfen wurden. Dagegen zeigte der Anwalt in der nämlichen Tagfahrt ohne weitere Erklärung die Appellation an, welche in einem am 6. August dem Hofgericht eingereichten Schriftsatz ausgeführt wurde, worin zur Nachweisung der Rechtzeitigkeit unter Anderm angedeutet war, daß der Vertheilungsbescheid den Appellanten selbst noch nicht ordnungsmäßig publicirt sey.

Der Gerichtshof fand sich jedoch zur Vorladung des Anwalts der Appellanten nach §. 1214 der P.O. veranlaßt, und verwarf sofort durch Erkenntniß vom 29. Januar d. J. die Appellation als unzulässig aus folgenden Gründen:

„Gegen den Vertheilungsbescheid in Gantsachen findet ein Rechtsmittel nur in der Weise statt, daß Erinnerungen gegen den Inhalt desselben vorzutragen sind, gegen deren Verwerfung appellirt werden kann. Diese Appellation muß jedoch bei Verlust des Rechtsmittels in der Eröffnungstagfahrt mit spezieller Angabe der Beschwerde angemeldet und innerhalb 14 Tagen bei dem Obergericht gerechtfertigt werden. P.O. §. 928 — 930 Das Unterlassen der einen oder der andern Handlung hat nach der cathegorisch gebietenden und den Verlust androhenden Vorschrift des Gesetzes, welche durch die Nothwendigkeit eines schleunigen Verfahrens in Gantsachen und vorzugsweise in jenem letzten Stadium des Gantprozesses begründet ist, die Verwerfung der Appellation zur Folge R.R.S. 6 k.

Im vorliegenden Falle hat nun der Bevollmächtigte der Appellanten in der Verkündungstagfahrt am 20. Juli v. J. die Appellation gegen die, seine Erinnerungen verwerfende Verfügung rechtzeitig angemeldet, aber die spezielle Angabe seiner Beschwerde in der nämlichen Tagfahrt und die Rechtfertigung derselben in der 14tägigen Nothfrist versäumt, indem die erst am 6. August eingereichte Beschwerdeschrift nach der im §. 230 der P.O. vorgeschriebenen Berechnung um zwei Tage verspätet ist, und die im §. 1191, ausnahmsweise für die Anmeldungsfrist verordnete Beirechnung von Zusatztagen bei andern Fristen und insbesondere bei der Ausführungsfrist nach §. 1195 nicht stattfindet.

Gegen die Folgen dieser Versäumung kann die Appellanten der Art. 2 des Gesetzes vom 3. August 1837 (P.O. §. 384a) nicht schützen. Obgleich der Grund dieser abändernden Bestimmung, welche im Interesse der Partheien zur Wahrung und Sicherheit ihrer Rechte den Lauf der Nothfristen erst von der Verkündung oder Behändigung des Urtheils an der der Parthei selbst beginnen läßt, auch bei endgültigen Entscheidungen im Gantprozeß obwaltet, so geht doch die Absicht des Gesetzgebers, jener von den frühern Prozeßvorschriften und von den landrechtlichen Grundsätzen über den Auftrags-Vertrag abweichenden singulären Verfügung eine solche Ausdehnung zu geben, aus der Fassung des Gesetzes nicht hervor. Der Gesetzgeber hat im angeführten Artikel 6 ausdrücklich nur die ältern

Digitized by Google

§§. 383 und 384 der P.O. aufgehoben, welche im Allgemeinen die Regeln über die Verkündung und Behändigung der Urtheile und deren Wirkung auf den Fristenlauf enthielten, er hat hingegen die in §§. 915, 916, 925, 927 — 937 der P.O. für die Eröffnung des Ganturtheils und des Vertheilungsbescheides und die Folgen derselben speciell gegebenen, von jener allgemeinen Regel abweichenden Normen, welche ihm bei der Bildung des abändernden Gesetzes gleichfalls vorschweben mußten, nirgends durch eine aufhebende Verfügung außer Wirksamkeit gesetzt. Es lassen sich auch Motive denken, welche etwa jenen Grund überwiegend der Legislation bei der Aufhebung jener Regel das Erhalten dieser speciellen Verordnung anrathen mochten. Im Gantverfahren foedert die Häufung verschiedener Ansprüche mehrerer unter sich und gegen den Gantschuldner im Streit begriffener Gläubiger, welche nach gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung aus einem unter einer fremden Verwaltung bei geringem Ertrag der Minderung ausgesetzten Vermögen gleichzeitig Befriedigung oder Verlust finden sollen, im Interesse der Partheien und der Rechtspflege möglichst einfache Formen und schnelle Erledigung. Auf diesem Princip beruhen ohne Zweifel die von dem ordentlichen Verfaheen sich entfernenden Voeschriften für den Gantprozeß im 41. Titel der Prozeßordnung und namentlich die §§. 915, 916, 925 ff., wornach die Paetheien duech Umlaufschreiben statt der nach §. 261 — 269 und 277 speciell zu behändigenden Ladung zur Eröffnung des Gantureheils folglich auch des Vertheilungsbescheides geladen werden können, wornach sämmtliche Gläubiger mit dem Beisatz vorzuladen sind, daß das Gantureheil auch den Ausbleibenden für eröffnet gelte, daß die Eröffnung des, nebst den Masserechnungen, zehn Tage vorher in der Gerichtskanzlei zu ihrer Einsicht aufgelegten Vertheilungsbescheides jedenfalls vor sich gehe, und die Nichterscheinenden mit allen Einwendungen gegen die Vertheilung u. s. w ausgeschlossen werden, wornach endlich Erinnerungen gegen denselben nur in der Eröffnungstagfahrt selbst stattfinden, und in der nämlichen Tagfahrt durch richterliche Verfügung erledigt werden, wogegen wieder nur in derselben Tagfahrt die Anmeldung der Appellation mit spezieller Beschwerdeaufstellung und kurzer Ausführungsfrist zulässig ist. Es ist daher anzunehmen, daß die Gesetzgebung hinsichtlich der Urtheilseröffnung und ihrer Wirkung nur die in §. 383 und 384 der P.O. aufgestellte Regel aufheben, beziehungsweise abändern, hingegen die übergangene Ausnahme für das Gantverfaheen fortbestehen lassen wollte, wofür selbst im Zweifel die Vermuthung streiten wüede, weil der Art. 2 als singuläre und correctorische Vorschrift einschränkend auszulegen ist, wie er am wenigsten vom bisher bestandenen Recht entfernt.

Mit der entgegengesetzten ausdehnenden Deutung würde man die folgerichtige Anwendnug der §§. 915, 916 und 928 — 937 der P.O. unmöglich machen, mindestens sehr erschweren, überhaupt die Eeledigung der Gantsachen zur Ungebühr verzögern. Jedem einzelnen Gläubiger, welcher zur Eröffnung des Gantureheils oder des Vertheilungsbescheides nicht erscheint, weil er etwa wegen der Geringfügigkeit seiner Forderung oder in der Ueberzeugung von dem nach dem Stand seiner Ansprüche und des Massevermögens ihn treffenden Verlust kein Interesse daran nimmt, müßte die richterliche Entscheidung mit Gründen und zwar, wenn er für jeden Fall vollständige Kenntniß über das Schicksal seiner Forderung erlangen soll, der ganze Inhalt — nicht blos ein Auszug des Gantureheils und des Vertheilungsbescheids — nebst den Entscheidungsgründen mit großem Aufwand von Zeit und Kosten in schriftlicher Fertigung behändigt weeden, (während eine solche Mittheilung des Gantureheils nach §. 916 nur auf ausdrückliches Begehrens eines Gläubigers gescheben soll). Die in §. 915 und 925 der P.O. vorgeschriebenen zur Zeit nicht aufgehobenen Beisätze der Ladung würden ohne die Möglichkeit des Vollzugs als leere Drohungen zwecklos ausgesprochen, das Auflegen des Veetheilungsbescheides in der Gerichtskanzlei (§. 927 der P.O.) wäre überflüssig, die zum Erscheinen in der Eröffnungstagfahrt nicht genöthigten Gläubiger könnten im Vorteag ihrer Erinnerungen gegen diesen Bescheid so wenig auf jene Tagfahrt beschränkt seyn, als der Richter mit der Eeledigung derselben (§. 928) und die daduech beschwerte Parthei mit ihrer Appellationsanmeldung und Beschweedeaufstellung (§. 930). Ueberhaupt könnte das Gantverfahren nicht, wie die Prozeßordnung durch die §§. 924 — 936 bewirken wollte, in dieser Tagfahrt sein sicheres Ende erreichen."

Die hier zur Entscheidung gekommene Frage, worüber in den Kammerverhandlungen (6. Protokollheft der 2. Kammer S. 53 — 57, 4. Beilagenheft S. 271 — 273) kein Bedenken obzuwalten schien, ist von praktischer Bedeutung, weil sie in jedem Gantveefahren bei den prozeßleitenden Verfügungen hinsichtlich der Eröffnung des Gantureheils und Vertheilungsbescheids wiederkehrt, und häufig die Zulässigkeit der Appellation gegen diese Erkenntnisse bedingt.

Für eine andere Auslegung ließe sich übrigens außer jener Gleichheit des Grundes des Gesetzes in grammatischer Beziehung noch geltend machen, daß die aufgehobenen §§. 383, 384 gerade die entscheidenden Bestimmungen über die Wirkung der Urtheilseröffnung auf den Lauf der Fristen enthielten, während die noch bestehenden §§. 915 und 925 davon schweigen.

Der Gesetzgebung wird vorbehalten seyn, durch eine die verschiedenen Zwecke verbindende Modifikation dieser Vorschriften der Prozeßordnung auch in Gantsachen ohne Erschwerung des nothwendig raschen und einfachen Prozeßganges den Rechten der Partheien möglichen Schutz zu gewähren.

Woll.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 27. März 1841.

I.

Ehescheidung.

(Gros gegen Gros.)

Vergl. IV. Jahrgang der Annalen, S. 242 und ff. und V. Jahrgang, S. 66 u. f.

Die Ehefrau hatte gegen ihren Ehemann wegen Ehebruch auf Ehescheidung geklagt, war aber mit ihrer Klage rechtskräftig abgewiesen worden, weil man den Beweis des Ehebruchs für im Ehescheidungsprozeß nicht genügend geführt erachtete, obgleich derselbe in Folge einer gegen ihn eingeleiteten Untersuchung (hauptsächlich wegen eines abgelegten Geständnisses) eines begangenen Ehebruchs rechtskräftig für schuldig erkannt war und die deßhalb gegen ihn erkannte Strafe erstanden hatte. Der Ehemann verlangte, daß seine Frau zu ihm zurückkehre, sie weigerte sich und es wurden auch die gesetzlichen Zwangsmittel ohne Erfolg schon im Jahr 1833 erschöpft. Im Jahr 1839 erhob der Ehemann gegen seine Ehefrau eine Ehescheidungsklage und stützte dieselbe auf die Thatsachen, daß seine Ehefrau ihre ehelichen Pflichten gegen ihn nicht erfülle, ihn böslich verlassen und der angeordneten gesetzlichen Zwangsmittel ungeachtet sich nicht habe bewegen lassen, zu ihm zurückzukehren. Die Klage wurde vom Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises verworfen, weil der Kläger durch ein rechtkräftiges Erkenntniß des Ehebruchs für schuldig erkannt wur und weil unter diesen Umständen die Weigerung der Frau, zu ihm zurückzukehren, nicht als eine harte Mißhandlung angesehen werden könne. Hiergegen ergriff der Ehemann die Revision und rechtfertigte dieselbe durch nachstehende Ausführung:

Die Ehe sey nach allgemeinen Rechtsbegriffen, bestätigt durch unsere L.R. S. 1101 und 1102 ein doppelseitiger Vertrag, der jedoch wegen seiner besonderen Natur auch besonderen Gesetzen unterworfen sey. Eine der Hauptabweichungen dieser besonderen Gesetze von den allgemeinen über doppelseitige Verträge geltenden Grundsätzen sey die, daß die Ehe deßhalb allein, weil ein Ehegatte seine Verbindlichkeiten als solcher gegen den andern Ehegatten nicht erfülle, auf Antrag des letzteren nicht unbedingt, aufgelöst werden dürfe, sondern daß dazu gewisse, im Gesetze namentlich bestimmte Gründe nothwendig seyen. Möge man nun die gesetzlichen Motiven zu dieser Abweichung in der Achtung vor Religion und Sittlichkeit, in der anerkannten Nothwendigkeit, das Familienglück zu schützen, in der Sorge für die Nachkommenschaft, oder in was immer für politischen und polizeilichen Gründen suchen, so müßten sich in jeder vernünftigen Gesetzgebung Bestimmungen finden, welche den Rechtsstand des verletzten Ehegatten, der im betreffenden Fall nicht aus einem speciell bestimmten Grund auf Ehescheidung klagen könne, gegen die Rechtsverletzung des anderen Ehegatten schützten, denn in Ermangelung solcher Bestimmungen müsse der verletzte Theil zu Gunsten des verletzenden als rechtlos erscheinen. Dergleichen Bestimmungen bestünden in der genauen Normirung solcher gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten, welche sich schon aus der Religion, oder doch aus der Moral ableiten ließen und auch ohne ein Zwangsgesetz schon durch das religiöse oder sittliche Gefühl aller Nichtverdorbenen, durch die allgemeine Meinung geheiligt seyen. Dieselben bestünden ferner in polizeilichen Maßregeln, durch welche der pflichtvergessene Ehegatte, — so weit es die Achtung vor der persönlichen Freiheit desselben erlaube — zur Erfüllung jener Verbindlichkeiten gezwungen werden könne. Zu diesen Verbindlichkeiten gehörten die Pflicht der gegenseitigen Treue, Hilfe und Beistand, der Schutz, welchen der Mann der Frau, der Gehorsam, welchen die Frau dem Manne schuldig sey, die Pflicht der Frau, bei ihrem Mann zu wohnen und ihm allenthalben hin zu folgen, wo er sich aufzuhalten für gut finde, welche der Schuldigkeit des Mannes entspreche, die Frau aufzunehmen und ihr Alles, was zum Lebensunterhalt erforderlich sey, nach seinem Stand und Vermögen zu reichen. Alle diese Verbindlichkeiten fänden sich auch in unserm Landrecht, und zwar in den Sätzen 203, 212, 213, 214 anerkannt. Daraus aber, daß der Gesetzgeber selbst solche durch Religion, Sittengesetz und allgemeine Meinung ge-

Digitized by Google

theiligte Pflichten der Ehegatten in Zwangsgesetzen aufgenommen habe, verbunden mit der Unmöglichkeit, die Erfüllung derselben zu erzwingen, folge von selbst, daß die hartnäckige, sogar durch harte polizeiliche Maßregeln nicht zu leugnende Verweigerung von Seiten des einen Ehegatten in den Augen der gesitteten Welt, so wie in den Augen des Gesetzgebers, der die Grundsätze diesen adoptirt habe, nur deßhalb auch in den Augen des Richters als harte Mißhandlung gegen den andern Ehegatten erscheinen und ihn aus diesem allgemein bestehenden Grund auch unbedingt zur Scheidungsklage berechtigen müsse. Was im Allgemeinen wahr sey, müsse auch im besondern wahr seyn. Die Frau, welche ihren Mann verlasse, sich durch keinerlei polizeiliche Maßregeln zur Rückkehr bewegen lasse, sich dadurch hartnäckig der Pflicht der gemeinschaftlichen Kindererziehung und Pflege, der Pflicht, ihrem Manne Hilfe und Beistand zu leisten, der Pflicht, bei ihrem Mann zu wohnen, ihm allenthalben hin zu folgen, wo er sich aufhalte, der Aufsicht über ihre eheliche Treue entziehe und ihm so gewaltsam den Gehorsam aufkünde, begehe nach unsern Begriffen, wenn man sie nicht in der Hefe des Volkes suche, gewiß eine sehr harte Mißhandlung gegen ihren Mann. Alle Gründe des Gesetzgebers auf der Festigkeit des Ehebandes in was immer für einem Interesse zu beharren, hätten in solchem Falle aufgehört zu bestehen, denn der verletzende Theil habe sich über das Gesetz hinweggesetzt und spreche dem verletzten, so wie dem Gesetze selbst, nachdem schwache Zwangsmaßregeln erschöpft seyen, frechen Hohn. Ja, die Staatsgewalt sey sogar wegen des öffentlichen Wohls zur Vermeidung scandalöser Auftritte sehr dabei interessirt, daß Zwitterzustände, wie dergleichen factisch getrennte Ehen, nicht bestünden.

Ein weiterer Grund für die unbedingte Zulässigkeit der Scheidungsklage unter obigen Voraussetzungen liege auch noch in dem unbedingten Fortbestehen gesetzlicher Leugnungsmittel in dergleichen Fällen und in der geschehenen Anwendung derselben. Denn dadurch sprächen sich der Gesetzgeber und beziehungsweise der Richter klar genug darüber aus, daß die Frau die Pflicht habe, zu ihrem Manne zurückzukehren und daß sie sich der Erfüllung dieser Pflicht hartnäckig entzogen habe.

Die Richtigkeit obiger Grundsätze könne nicht umgestoßen werden durch den Umstand, daß vielleicht der Ehemann selbst sich gegen die Ehefrau vergangen habe. Denn sey eine solche Pflichtverletzung bedeutend genug, so könne die Ehefrau selbst auf Ehescheidung klagen. Wolle sie dieses aus übertriebenem Schamgefühl nicht thun, oder könne sie das Vergehen ihres Mannes nicht beweisen, so leide sie auch nicht darunter, wenn sie geschieden werde, denn sie erreiche dadurch nur die gesetzliche Sanction ihrer gesetzwidrigen Hartnäckigkeit. Sey dagegen das Vergehen ihres Mannes nicht bedeutend genug, um die Frau zur Scheidungsklage zu berechtigen, so sey sie nach der oben aufgestellten Meinung wieder im Vortheil, denn sie habe die Wahl, ob sie ihrem Manne verzeihen und zu ihm zurückkehren, oder durch ihr Widerstreben die selbstgewünschte Scheidung herbeiführen wolle.

Aufgenommen würden abee jene Gegengründe offenbar, wenn man bedenke, in welche traurige Lage der Mann versetzt werde, wenn ihm nicht in einem solchen Falle die Scheidungsklage zustehen solle. Die Frau, die ihn verlasse, trage seinen Namen fort. Ihren Erben, beziehungsweise ihr selbst, eröffne sich die Aussicht bei dereinstiger Auflösung der Ehe durch ihren, oder den Tod ihres Mannes, die Vortheile des Ehebandes zu genießen, das sie eigenmächtig zerrissen. Mit ihr müßten die Erben des Mannes, mit ihren Erben müsse der Mann das mühsam allein errungene Vermögen theilen, denn das Gesetz erkenne eine solche faktische Trennung nicht an.

Aber noch weit schrecklichere Folgen habe der Mann zu befürchten. Getrennt von seiner Frau kann er keine Aufsicht über ihre Treue führen und müsse wahrscheinlicherweise alle Kinder als die seinigen anerkennen, welche sie während solcher Trennung gebäre, wenn er nicht — was factisch unmöglich sey — es dahin zu bringen wisse, sich immer erweislichermaßen mehrere Meilen von ihr entfernt zu halten und zwar bloß quia pater est, quem justae? nuptiae demonstrant.

Schließlich berief sich der Resident noch auf den Aufsatz im 5ten Jahrgang, S. 193 u. ff. der Annalen.

Das Großherz. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Urtheil aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß die Verweigerung der Ehepflichten jedenfalls alsdann keine harte Mißhandlung ist, wenn auf Seiten des remittirenden Theils erhebliche Gründe zur Pflichtverweigerung vorhanden sind;

In Erwägung, daß ein verübter Ehebruch, der in gegenwärtigem Falle unbezweifelt vorliegt, ein erheblicher Grund zur ehelichen Pflichtverweigerung ist;

In Erwägung, daß in einem solchen Falle die Gesetze nichts Weiteres, als den Versuch der Beugungsmittel gegen den Weigernden vorschreiben, auch mit deren Anwendung das ganze Verfahren erschöpft und ob etwa die Erbitterung des gekränkten Theils mit der Zeit aufhören und eine Wiedervereinigung zu Stande kommen werde, der künftigen Zeit zu überlassen ist;

In Erwägung, daß diesem nach die Klage nicht begründet, resp. durch einen vernünftigen Grund zur Pflichtsverweigerung elidirt ist ꝛc.

Nach dieser constanten Praxis des obersten Gerichtshofs

Digitized by Google

wäre es zu wünschen, daß in den Fällen, in welchen nach den angenommenen Grundsätzen wegen Verweigerung der ehelichen Pflichten nicht auf Ehescheidung geklagt werden kann, auch die Beugungsmittel abgeschafft werden würden. So lange dieses nicht geschieht, besteht zwischen den polizeilichen und bürgerlichen Gesetzen ein Widerspruch. Auch hindert die Anwendung der Beugungsmittel, welche in solchen Fällen als eine Ungerechtigkeit erscheinen, wegen der dadurch nothwendig entstehenden Erbitterung, die Wiedervereinigung auf Seiten des Theils, gegen welchen sie angewendet worden, statt dieselbe herbeizuführen und verfehlt somit nicht nur den Zweck des Gesetzgebers, sondern tritt demselben sogar in den Weg.

O.G.Adv. v. Soiron.

II.

Findet ein Rechtsmittel gegen die Versagung des in L.R.S. 1008 bemerkten Beisatzbefehls statt, und welcher?

Ein geheimer, letzter Wille ward ordnungsmäßig vom Amtsrevisorat dem Amte (Stadtamte Freiburg) zur Eröffnung vorgelegt und von letzterem eröffnet. Der in gehöriger Form von eingesetzten Erben nachgesuchte Beisatzbefehl des L.R.S. 1008 wurde vom Amte abgeschlagen, nachdem die Intestaterben Bedenken gegen die Aechtheit des Testaments beim Amtsrevisorat vorgetragen und, jedoch ohne nähere thatsächliche Begründung, von möglicher Ueberredung gesprochen hatten, vom Amtsrevisorat aber dies und noch weiter berichtlich vorgetragen worden war, daß das Interesse der betheiligten minderjährigen Intestaterben besammten Staatsfiscoege erheische.

Der Testamentserbe führte hingegen das Rechtsmittel der Beschwerdeführung an das Hofgericht aus und bemerkte zur formellen Begründung: Appellation sey nicht zulässig, und es mußte gegen die Beschwerung durch den Unterrichter zum Gerichtsvorstand doch irgend ein Mittel zur Abhülfe in früherer Instanz geben. Das Hofgericht des Oberrheinkreises ertheilte folgende Entscheidung:

In Erwägung, daß kein Gesetz ein Rechtsmittel gegen die Versagung eines Beisatzbefehls (L.R.S. 1008) gestattet;

In Erwägung, daß, sofern man bei dem Mangel eines ausdrücklichen Gesetzes der Rechtsähnlichkeit folgen will, nach Analogie des Art. 3 der Pr. Novelle, das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nur unter der Voraussetzung einer Gefahr eines durch die richterliche Verfügung der Parthei zugehenden Nachtheils statt findet, eine solche Gefahr aber hier nicht bescheinigt und nicht einmal behauptet ist, und es dem Beschwerdeführer unbenommen bleibt, mit einer Klage vor dem kompetenten Richter seine Ansprüche geltend zu machen: aus diesen Gründen wird die Beschwerde, unter Verfällung des Beschwerdeführers in die Kosten verworfen. —

Anmerkung. Im Jahre 1836 wurde bei demselben Gerichtshofe die Beschwerde in einem ähnlichen Falle als statthaft angesehen und, ohne daß jedoch in dieser formellen Beziehung in den Entscheidungsgründen etwas bemerkt ist, in der Sache selbst erkannt, nämlich dem Amte die Erlassung des Beisatzbefehls aufgegeben. Auf gleiches Erkenntniß trug auch im vorliegenden Falle ein Votant an und war der Ansicht, daß die Nichtanerkennung der Aechtheit des Testaments durch die Intestaterben so wenig als das Dasein von Minderjährigen im vorliegenden Falle, wo es sich um einen die Gewähr einer öffentlichen Urkunde für sich habenden geheimen, letzten Willen handle und ein in die Augen springender Fehler der Form nicht vorliege, wie wenn z. B. auf der Ueberschrift nur sechs statt sieben Zeugen aufgeführt wären, — ein Grund zur Verweigerung des Beisatzbefehls sey, wobei er sich auf die Autorität Touillie's und Merlin's (quest. d. dr.) berufe. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerdeführung machte er geltend, daß zwar der §. 1244 der Pr.O. derselben entgegenzustehen scheine, gleichwohl aber die Statthaftigkeit aus der Analogie der prozessualischen Bestimmungen über das Vollstreckungsverfahren anzunehmen sey, indem der Beisatzbefehl eine executorische Maasregel sey, nämlich den Zweck habe, den Titel des Erblassers vollziehen zu machen, wie auch Touillier aussann, und ein Nachtheil allerdings in der Stellung des Testamentserben in die Rolle des Klägers und der Zuweisung der Beweislast enthalten sey. Ein anderes Mitglied machte hiegegen die Ansicht geltend, daß die Versagung des Beisatzbefehls an der Beweislast nichts ändere, indem das Gesetz schon den Besitz gebe. Wieder ein anderes Mitglied war der Ansicht, daß die Beschwerde gar nicht von dem Richter, sondern als gegen eine rechtspolizeiliche Maßregel gerichtet, vor die Administrativbehörde gehöre.*) Darin war man aber einig, daß, die formelle Statthaftigkeit der Beschwerdeführung angenommen, ein zureichender Grund zur Versagung des Beisatzbefehls nicht vorliege.

Zentner.

---

*) Der L.R.S. 1007 weiß aber die Sache nichts desto weniger ausdrücklich an das Gericht. Die Red.

Digitized by Google

III.

Einige Worte über den Aufsatz in Nr. 7 von 1841 der Annalen, den Beschuldigungsprozeß betr.

Nachdem der Hr. Verfasser dieses Aufsatzes die bekannten Einwürfe gegen den §. 8 des Strafedicts vorgeführt hat, geht er zur Auslegung jenes Paragraphen über, und tadelt in mehreren Beziehungen das Verfahren des unterrheinischen Hofgerichts in einer gewissen Denunciationssache.

Zue Würdigung dieser Kritik wolle die Redaktion folgende wenige Bemerkungen aufnehmen.

Der Hr. Verfasser meint:

1) man müsse dem Angeschuldigten schon gegen die erste Ladungsverfügung des Untersuchungsrichters eine Beschwerdeführung und die zu diesem Zwecke nothwendige Einsicht der Acten, so wie auch die Beiziehung eines Advokaten gestatten, was der Gerichtshof in jenem Falle nicht zugelassen hat.

Derselbe Hr. Verfasser sagt in seinem Aufsatze sub Nr. 3 weiter:

„aus der Bestimmung des Strafedikts folge, daß dem Beschuldigten die Denunciation bei der ersten Ladung nicht eröffnet zu werden brauche."

Auch sagt er unter Nr. 4:

„Im Laufe der Untersuchung sey dem Angeschuldigten, wie bei dem Inquisitionsprozeß, die Acteneinsicht und der Beizug eines Anwalts nicht zu gestatten."

Wir wissen diese Widersprüche nicht zu vereinigen und wir wissen eben so wenig, welches etwa nach der Idee des Hrn. Verfassers der Abschnitt in einer anhängigen Untersuchung seyn mag, mit welchem sie in den Zustand des Laufens versetzt wird und vor welchem sie noch nicht läuft.

So viel aber wird Jedermann einleuchten, daß, wenn überhaupt Gründe vorhanden sind, einem Inquisiten die Einsicht der Acten und den Beizug eines Anwalts zu verweigern, diese Gründe im höchsten Grade beim Anfang der Untersuchung und vor Erhebung der Beweise eintreten, weßhalb dann auch im Inquisitionsprozeß der Inquisit verhaftet werden kann, wenn Besorgniß vorliegt, daß sonst die Sammlung und Erhebung der Beweise vereitelt werden könnte.

2) Es wird ferner gesagt, die Anklage sey deßhalb verworfen worden, weil sich Zweifel ergeben hätten, ob das zwischen den Parteien bestandene Vertragsverhältniß die eine oder andere rechtliche Natur habe. Dieß hätte man aber schon aus der Denunciation entnehmen und daher den Angeklagten manche bittere Stunde als Folge einer weitläufigen Untersuchung ersparen können.

Es ist nun

a. unwahr, daß sich auf Seiten des Gerichtshofes Zweifel der angegebenen Art erhoben haben. Der Gerichtshof hat sich über die Natur des Vertrags überall nicht ausgesprochen, sondern nur angenommen, daß der Angeschuldigte darüber habe im Zweifel seyn können, bezugweise, daß der Angeschuldigte eine andere Rechtsansicht vom Vertrage habe besitzen können, als sie bei der Anklage vorausgesetzt wurde. Es ist

b. ferner unwahr, daß diese Möglichkeit aus der Anklage selbst abgeleitet wurde, vielmehr beruhte jener Entscheidungsgrund auf der Vertheidigung des Angeklagten und den von ihm vorgelegten Papieren.

Auch ist

c. unwahr, daß, die Richtigkeit der andern Behauptungen des Hrn. Verfassers vorausgesetzt, die Untersuchung weggefallen wäre, denn es waren noch andere vom Hrn. Einsender verschwiegene Anschuldigungspunkte vorhanden, und von diesen war der eine so beschaffen, daß mehrere Stimmen sich für „Klagfreierklärung" aussprachen.

3) Weil der §. 8 des Strafedicts ausdrücklich vorschreibt, daß der Gang des Anschuldigungsprozesses ganz den Gang des Untersuchungsprozesses gehen soll, weil ferner nach der Meinung des Gerichtshofes die schriftliche Vertheidigung des Angeschuldigten ein Stück des Prozesses sey, und weil endlich nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes darüber, wann in Criminalsachen eine Vertheidigung zu erheben sey, im vorliegenden Falle eine solche nicht zulässig erscheine, hat der Gerichtshof ohne Zulassung eines Vertheidigers, die Akten zur Erstattung des Vortrags ausgestellt.

Hiegegen bemerkt nun der Verfasser:

a. Die Gleichstellung beider Prozesse beziehe sich nur auf die eigentliche Untersuchung (also nicht den ganzen Prozeß),

b) das Gesetz habe bei dem Vertheidigungsrecht nur den Inquisitionsprozeß, nicht aber auch den Anschuldigungsprozeß vor Augen gehabt. Sapienti sat.

X.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 14. Karlsruhe den 3. April 1841.

I.

Hofgericht Rastatt. Oberhofgericht. Justizministerium.

Kriminalrechtsfall

über die Konkurrenz der Gerichtsstände diesseitiger und königlich würtembergischer Gerichte wegen eines von einem Würtemberger in Baden begangenen Verbrechens.

Kann noch von einem inländischen nachträglich zu dem von dem ausländischen Gericht gefällten Straferkenntniß die Landesverweisung ausgesprochen werden?

J. Jung von Dietersweiler im Königreich Würtemberg war von seinen heimathlichen Gerichten schon viermal wegen Diebstahls bestraft worden, und machte sich nun in Rheinbischofsheim in Diensten stehend eines weitern Diebstahls schuldig, in Folge dessen er entwich und nach einigem Aufenthalt im Elsaß in seine Heimath zurückkehrte. Das Amt Rheinbischofsheim hatte unterdessen das über den objektiven Thatbestand mit den Bestohlenen abgehaltene Protokoll dem Oberamtsgericht Freudenstadt zugesendet, und den Inkulpaten zur Fahndung ausgeschrieben. Das Oberamtsgericht Freudenstadt eröffnete aber gegen den zurückgekehrten Inkulpaten alsbald die Untersuchung wegen seines hierlands begangenen Verbrechens und der Kriminalsenat des königl. Würtembergischen Gerichtshofs für den Schwarzwaldkreis verurtheilte ihn zu einer 14monatlichen Arbeitshausstrafe.

Nachdem der Inkulpat diese Strafe erstanden hatte, kehrte er wieder nach Baden zurück, trat im Amt Achern in Dienst, ward jedoch bald erkannt, ergriffen und dem Amt Rheinbischofsheim gefänglich eingeliefert. Dieses leitete nunmehr die Untersuchung über seinen frühern allda begangenen Diebstahl ein, legte die geschlossenen Untersuchungsakten dem Hofgericht in Rastatt vor, welches aber erkannte:

„Es seye hinsichtlich des vom Inkulpaten in Rheinbischofsheim begangenen Diebstahls von einem diesseitigen „Straferkenntniß Umgang zu nehmen, der Inkulpat jedoch „unter Verfällung in die Untersuchungskosten der badischen „Lande zu verweisen."

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß das Strafverfahren gegenüber den Gerichten des Auslands nach §. 2 der Erläuterungen des Strafedikts da, wo in Bezug auf ihren Staat besondere Verhaltungsmaßregeln festgesetzt sind, nach Letztern bestimmt wird.

In fernerer Erwägung, daß nach §. 1 des zwischen Würtemberg und Baden abgeschlossenen Jurisdiktionsvertrags vom 30. December 1825 (Regbl. Nr. 32) festgesetzt ist, daß jeder der beiden Staaten in seinem Gebiete die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der richterlichen Erkenntnisse des andern Staats (also auch der Straferkenntnisse) anerkennt, sobald solche von einem beiderseits als kompetent erachteten Gerichte ausgegangen sind. In Betracht, daß J. Jung wegen der von ihm zugestandenermaßen verübten Entwendungen in Rheinbischofsheim durch den Kriminalsenat des königl. würtembergischen Gerichtshofs für den Schwarzwaldkreis, als Gerichtsstand seines Wohnorts beziehungsweise der Ergreifung bereits verurtheilt worden ist, und die erkannte Strafe erstanden hat.

In Erwägung, daß die Zuständigkeit der würtembergischen Gerichte zur Untersuchung und Aburtheilung des fraglichen Diebstahls nach badischen und würtembergischen Gesetzen einem begründeten Zweifel nicht unterliegen kann, somit diesseits als rechtsbeständig anerkannt werden muß, wie dieses aus einer Vergleichung der Art. 30 und 38 mit Art. 1 des erwähnten Staatsvertrags folgt.

In Erwägung endlich, daß auch abgesehen hievon in dem gegenwärtigen Fall nach den Grundsätzen des durch das diesseitige Strafrecht hierin nicht abgeänderten gemeinen deutschen Kriminalrechts im Fall der Kollision der unter verschiedenen Landesherrn stehenden gleichmäßig zuständigen Gerichte zunächst die Prävention entscheidet, und hiernach die würtembergischen Gerichte, welche

Digitized by Google

zuerst gegen den Inkulpaten strafrechtlich einschritten, zur Aburtheilung ebenfalls zuständig waren,

so wurde aus diesen Gründen von einem diesseitigen Straferkenntnisse Umgang genommen, jedoch nach §. 33 des Strafedikts gegen den Inkulpaten als Ausländer die Landesverweisung ausgesprochen, und derselbe mit Bezug auf §. 19 des St.Ed. in die Kosten der durch sein Betreten veranlaßten Untersuchung verurtheilt.

Gegen dieses per majora ergangene Urtheil ergriff der Staatsanwalt den Rekurs an das Oberhofgericht, und indem er sich auf einen frühern bei dem Hofgericht in Rastatt ergangenen ähnlichen und gleichmäßig entschiedenen Fall, und eine deßhalb an ihn erlassene Verfügung des Justizministeriums bezog, bekämpfte er das ergangene Urtheil hauptsächlich dadurch, daß er anführte, von einer Prävention könne nach dem Ausspruch der bewährtesten Rechtslehrer — Tittmann, Strafrechtswissenschaft §. 634, Stübel, Kriminalverfahren §. 354 — nur unter den Gerichten des nämlichen Landes die Rede seyn, und die Bestimmungen des Staatsvertrags mit Würtemberg wären deßhalb hier nicht maßgebend, weil sich dieser nur auf die in bürgerlichen Streitsachen ergangenen Erkenntnisse, oder höchstens auf die Vollstreckbarkeit der richterlichen Straferkenntnisse an dem Vermögen des Verurtheilten beziehe, wie sich Dieses aus der Vergleichung mit Art. 31 des Staatsvertrags klar ergebe. Dabei ward noch insbesondere auf die Mißstände aufmerksam gemacht, welche sich daraus ergeben, wenn man wegen eines im Inland begangenen Verbrechens ein im Auslande ergangenes sehr mildes oder gar freisprechendes Erkenntniß anerkennen müsse.

Das Oberhofgericht verwarf jedoch den Rekurs und bestätigte das ergangene hofgerichtliche Erkenntniß mit folgenden Entscheidungsgründen:

„Im vorliegenden Fall waren das Großherzogl. badische Amt Rheinbischoffsheim und das königl. würtembergische Oberamtsgericht Freudenstadt zur Untersuchung des in Frage stehenden Diebstahls gleich zuständig, und zwar das Amt Rheinbischoffsheim als Gerichtsstand des begangenen Verbrechens, das Oberamtsgericht Freudenstadt aber als Gerichtsstand des Heimathorts des Inkulpaten.

Die für das erste Amt sprechende Präavention konnte aber der Zuständigkeit des Letztern aus dem Grund nicht im Wege stehen, weil im Königreich Würtemberg sowohl, als im Großherzogthum Baden der Grundsatz der Nichtauslieferung inländischer Verbrecher besteht, und jeder dieser beiden Staaten das Recht zur Untersuchung und Bestrafung seiner Landesangehörigen in Anspruch nimmt, gleichviel ob das zu untersuchende Verbrechen im Inland oder im Ausland begangen wurde.

Erstand nun im gegenwärtigen Fall eine Kollision zwischen zwei gleich zuständigen Gerichten, muß man also anerkennen, daß die würtembergischen Gerichtsbehörden zur Untersuchung und Bestrafung des im fremden Lande begangenen Diebstahls vollkommen befugt waren, und daß sonach hierdurch auf keine Weise ein Eingriff in die diesseitigen Jurisdiktionsgerechtsame geschah, so folgt daraus, daß die Kompetenz der einen Gerichtsbehörde erlöschen ist, sobald durch die von Seiten der anderen erfolgte wirksame Einschreitung der Thäter sein Verbrechen gebüßt hatte, und auf diese Weise der Zweck der Kriminaljustizpflege erreicht war. Dieser Grundsatz entspricht bei einer derartigen Kollision zwischen zwei gleich zuständigen Gerichtsbehörden der Natur der Verhältnisse, weil Niemand wegen des nämlichen Verbrechens zweimal vor Gericht gezogen und gestraft werden kann. Es ist derselbe aber auf ein Gebot der Humanität gebaut, welche auch in völkerrechtlichen Beziehungen nicht aus den Augen verloren werden darf. Die Anwendung des entgegengesetzten Grundsatzes würde in seiner konsequenten Durchführung in einzelnen Fällen zu großen Härten führen, weil bei der zweiten Aburtheilung und Bestrafung eine Abrechnung der in Folge der ersten Aburtheilung bereits erstandenen Strafe, wollte man solche auch im Allgemeinen als zulässig anerkennen, dennoch in manchen Fällen gar nicht möglich ist, wie es z. B. der Fall seyn würde, wenn ein Verbrecher in dem einen Staat wegen eines begangenen schweren Verbrechens 10 Jahre Zuchthaus zuerkannt, und dann nach Erstehung dieser Strafe von dem andern Landesgericht gegen ihn die Todesstrafe ausgesprochen wird.

Was übrigens die Beurtheilung der vorliegenden Frage aus dem Standpunkt der Gesetzgebung und der in Mitte liegenden Staatsverträge betrifft, so besagt der §. 2 der Erläut. des St.Ed. vom Jahr 1812, „Fremde anderwärts betretene Thäter sollen nur alsdann, wenn sie zugleich mit andern Verbrechen, die wichtigee als die im Ausland begangenen, und noch unbestraft sind, und nur auf anderseitiges Auslieferungserbieten ohne Kostenersatz angenommen werden."

Der hierin vorausgesetzte Fall ist nun zwar nicht der nämliche wie der gegenwärtige, denn er setzt einen ausländischen Verbrecher voraus, welcher wegen mehreren, theils im Auslande, theils im Inland begangenen Verbrechen bei einer auswärtigen Gerichtsbehörde in Untersuchung genommen ist, und den diese Behörde an das für die im Inland begangenen Verbrechen zuständige Gericht zur Aburtheilung auszuliefern bereit ist. Allein wenn nach dem hier ausgesprochenen Grundsatz die Annahme eines ausländischen Verbrechers bei den diesseitigen Gerichten nur in Beziehung auf die im Großherzogthum begangenen noch unbestraften Verbrechen statt finden soll, so folgt

Digitized by Google

daraus, daß sobald die ausländische als forum domicilii dazu kompetente Gerichtsbehörde den fremden Thäter auch wegen der hierlands begangenen Verbrechen bereits bestraft habe, eine weitere gerichtliche Verfolgung desselben bei den inländischen Gerichten nicht beabsichtigt wurde.

Aus diesen Gründen mußte das hofgerichtliche Erkenntniß bestätigt werden."

Der andere ähnliche vom Staatsanwalt angeführte Fall verhielt sich folgendermaßen:

D. Döbel von Illingen, Königreichs Würtemberg, wurde wegen eines im Inland begangenen zum drittenmal wiederholten 3. Diebstahls zu einer in Mannheim zu erstehenden 8jährigen Zuchthausstrafe verurtheilt, fand jedoch bald Gelegenheit dorten zu entweichen, und entwendete bei dieser seiner Flucht mehrere Gegenstände von unbedeutendem Werth. In seine Heimath zurückgekehrt, wurde er dorten in Untersuchung gezogen, und da der würtembergische Gerichtshof von der Ansicht ausgieng, daß er die über den Inquisiten als Würtemberger von den diesseitigen Gerichten erkannte Strafe nicht anzuerkennen habe, so wurde er wegen des frühern Diebstahls in Würtemberg neu verurtheilt, dabei aber der vom Inquisiten bei seiner Entweichung aus Mannheim verübte Diebstahl nicht als Rückfall, sondern nur als einfache Entwendung betrachtet, weil er damals noch nicht die Hälfte der zuerkannten Strafe erstanden hatte.

Der Inquisit erstand die ihm in Würtemberg zuerkannte Strafe, begab sich wieder in das Inland, ward ergriffen, und von neuem in Untersuchung gezogen, wobei es sich denn ebenfalls fragte, in wiefern man dahier das Erkenntniß der würtembergischen Gerichtsbehörde über den neuen vom Inquisiten bei seiner Entweichung aus Mannheim ergangenen Diebstahl als zuständig zu beachten habe. Auch in diesem Fall wurde von dem hiesigen Gerichtshof, und zwar von einem andern Senat die Rechtsbeständigkeit des ergangenen würtembergischen Erkenntnisses anerkannt, und nur noch die Erstehung der ihm früher zuerkannten 8jährigen Zuchthausstrafe nach Abzug des in Würtemberg erstandenen Strafverhafts verfügt.

Der Staatsanwalt war schon damals damit nicht einverstanden und berichtete deßhalb an das Justizministerium, worauf ihm der vom Staatsanwalt bei der ersten Sache erwähnte die dortseitige Ansicht über die vorliegende Frage aussprechende Erlaß zugieng. Er lautet:

„Vermöge eines anerkannten völkerrechtlichen Grundsatzes läßt kein Staat die gegen einen seiner Angehörigen von einem ausländischen Gerichte erkannte Leibes- oder Freiheitsstrafe vollziehen, ohne das ausländische Straferkenntniß vorher einer Revision zu unterwerfen, um zu ermessen, ob dasselbe auch nach den inländischen Strafgesetzen den Forderungen der Gerechtigkeit entspreche, und eben deßhalb sind die durch Art. 31 des mit Würtemberg abgeschlossenen Staatsvertrags die von den Gerichten des einen gegen Angehörige des andern Staats ergangenen Straferkenntnisse nur auf die in dem letztern befindlichen Güter des Verurtheilten für vollziehbar erklärt, während sich Art. 1 nur auf die in bürgerlichen Streitsachen ergangenen Erkenntnisse bezieht.

Es liegt daher keine Verletzung dieses Staatsvertrags vor, wenn der königl. würtembergische Kriminalsenat für den Neckarkreis die nochmalige Untersuchung des vom Inkulpaten begangenen zum drittenmal wiederholten 3. Diebstahls anordnete, und hierauf ohne Berücksichtigung des bereits wegen dieses Verbrechens von einem diesseitigen Gerichtshof erlassenen Straferkenntnisses diejenige Strafe erkannte, welche der Inkulpat nach würtembergischen Gesetzen verdient hatte.

Eben so wenig kann man hierin eine Verletzung des Staatsvertrags finden, daß der von dem Inkulpaten bei seiner Entweichung aus dem Mannheimer Zuchthaus verübte Diebstahl von Kleidungsstücken von den königl. würtembergischen Gerichten untersucht und bestraft ward, indem letztere nicht verpflichtet waren, den Angeschuldigten, einen würtembergischen Staatsangehörigen, zu diesem Behufe an die diesseitigen Gerichte abzuliefern. Umgekehrt würde aber auch das hierländische als forum delicti commissi kompetente Gericht vollkommen befugt und streng genommen selbst verpflichtet seyn, die Untersuchung wegen dieses hierlands begangenen Diebstahls zu reassumiren, und diejenige Strafe gegen ihn zu erkennen, welche er nach diesseitigen Gesetzen verdient hätte. Da indessen der fragliche Kleiderdiebstahl höchst unbedeutend ist, und Inkulpat noch den größten Theil der gegen ihn erkannten 8jährigen Zuchthausstrafe nachzuerstehen hat, so wird der Staatsanwalt ermächtigt von der weitern Verfolgung dieses Verbrechens Umgang zu nehmen."

Wenn ich nunmehr meine Ansicht über die vorliegende Frage aussprechen soll, so theile ich vollkommen die vom hiesigen Hofgericht in zwei Fällen ausgegangene und vom Oberhofgericht bestätigte Meinung, daß man unter der Herrschaft des jetzigen Strafrechts die von den würtembergischen Gerichten übee Würtemberger auch wegen der im Inland begangenen Verbrechen ergangenen Urtheile, so wie überhaupt die von ausländischen Gerichten über ihre Landesangehörigen auch wegen ihrer Verbrechen im Inland ergehenden Urtheile dann anzuerkennen hat, wenn das Ausland seine Landesgehörigen überhaupt wegen ihrer im Ausland begangenen Verbrechen straft, es wird mir jedoch, gleich wie dem Hofgericht und dem Oberhofgericht,

Digitized by Google

eben so schwer fallen, darüber eine bestimmte gesetzliche Vorschrift beizubringen, als es der entgegenstehenden Meinung gelungen ist, eine für sie sprechende gesetzliche Bestimmung nachzuweisen.

Zwar will das Oberhofgericht aus dem §. 2 der Erläut. zum St.Ed. den Schluß ziehen, daß damit, daß darin von noch unbestraften im Inland begangenen Verbrechen des Ausländers gesprochen wird, die Folgerung anzuerkennen seye, daß also das deßhalb ergangene Straferkenntniß als rechtsverbindlich für uns anzunehmen seye. Allein da in dem §. 2 nicht von einer Strafgewalt des Auslands hinsichtlich der im Inland, wenn auch von Ausländern begangenen Verbrechen, sondern von der Strafgewalt des Inlands über Ausländer die Rede ist, so wird man eben deßhalb die unbestraften Verbrechen nur auf die Verbrechen beziehen können, welche noch nicht vom Inland bestraft sind, und dann ist man über die Frage der Strafgewalt des Auslandes so weit wie vorher. Daß sich auch in der That die unbestraften Verbrechen des §. 2 nur auf die noch nicht im Inland bestraften Verbrechen beziehen, dürfte insbesondere daraus gefolgert werden, daß sie zugleich als die wichtigern denn die im Ausland begangenen Verbrechen benannt werden. Nun wird aber die Wichtigkeit eines im Inland begangenen Verbrechens nach den inländischen Strafgesetzen bestimmt, der ausländische Richter hätte dagegen, in so fern hier ein schon von ihm gefälltes Erkenntniß unterstellt wird, die Wichtigkeit dieses von seinem Gerichtsbehörigen im Ausland begangenen Verbrechens nach seinen Gesetzen bestimmt, weil er nur nach seinen Gesetzen urtheilt, und so müßte man annehmen, daß auch der inländische Gesetzgeber die Frage der Wichtigkeit der doch im Inland begangenen Verbrechen nach den ausländischen Gesetzen bestimmt und anerkannt wissen wollte, was gewiß nicht anzunehmen ist. Sind aber die wichtigern Verbrechen nach diesseitigen Strafgesetzen zu beurtheilen, so müssen sie auch als noch nicht im Inland und wohl überhaupt noch nicht bestrafte Verbrechen angesehen werden, weil ein bestraftes und folgeweise gebüßtes Verbrechen kein Gewicht mehr besitzt, und daher von ihm aus nichts mehr gefolgert werden kann. Ohnedieß geht der §. 2. offenbar nicht auf den vorliegenden Fall, und läßt also dafür keinen Schluß zu, denn nimmt man an, daß darnach der ausländische Richter den Verbrecher schon für sein nicht bei ihm, sondern bei uns begangenes Verbrechen gestraft hätte, und daß nun noch ein weiteres Verbrechen an ihm zu bestrafen wäre, so kann er dieses für den uns ausländischen Richter nur in seinem Inland oder ebenfalls im Ausland verübt haben. Hat er es im Inland verübt, so wird der für uns ausländische für den Verbrecher aber inländische Richter denselben uns nicht anbieten. Hat er es aber im Ausland verübt, so wird der gegen uns ausländische Richter, der am Verbrecher schon ein in seinem Ausland verübtes Verbrechen bestraft hat, auch noch das weitere im Ausland verübte Verbrechen gleichfalls strafen, und ihn uns ebenfalls nicht anbieten. Damit kommt man abermals zu dem Ergebniß, daß der §. 2 der Erläut. sicherlich von dem Fall ausgeht, wo das im Inland begangene Verbrechen am Ausländer überhaupt noch nicht gestraft ist. Er kann den Fall, wo der Ausländer von seiner Heimathsbehörde schon gestraft ist, gar nicht vor Augen haben, und kann sonach für diesen Fall auch keine Folgerung irgend einer Art abgeben.

Kann ich daher zur Entscheidung der streitigen Frage dem §. 2 der Erläut. des St.Ed. kein Gewicht zuerkennen, so kann ich auf der andern Seite der Meinung des Justizministeriums und folgeweise des Staatsanwalts nicht beistimmen, daß aus dem Staatsvertrag mit Würtemberg für den vorliegenden Fall nichts zu entnehmen seye, weil er sich nur auf Erkenntnisse in bürgerlichen Streitsachen und höchstens nur auf die Vollstreckbarkeit der Straferkenntnisse hinsichtlich der im andern Staat gelegenen Güter beziehe. Wenn ich auch anerkenne, daß er die Streitfrage nicht ausdrücklich entscheidet, so wird man doch aus seinen Bestimmungen so viel entnehmen können, daß er den der Entscheidung der Frage hauptsächlich unterliegenden allgemeinen Grundsätzen nicht entgegentritt, solche vielmehr selbst enthält und bestätigt, und deßhalb auch für das zu erwartende neue Gesetz von Wichtigkeit ist, weil dasselbe die hier vorliegende Frage wenigstens nicht so entscheidet, daß dadurch allen Zweifeln und Streitigkeiten vorgebeugt wäre.

Der Staatsvertrag mit Würtemberg enthält allgemeine und besondere Bestimmungen über die bürgerliche und peinliche Gerichtsbarkeit, und wenn nun der Art. 1 vorschreibt, daß jeder Staat die Rechtskraft der von den kompetenten Gerichten des andern Staats ausgegangenen Erkenntnisse anerkennt, im allgemeinen Art. 3 beide Staaten sich aber gegenseitige Rechtshülfe in bürgerlichen und peinlichen Sachen zusichern, so wird man anzunehmen haben, daß der Staatsvertrag sich auch auf die peinlichen Sachen bezieht, und daß also bei uns ein Straferkenntniß eines würtembergischen Gerichts dann anzuerkennen ist, wenn es von einem beiderseits als kompetent anerkannten Gericht ausgegangen ist. Es fragt sich daher, ist das Erkenntniß eines würtembergischen Gerichts, welches gegen einen Würtemberger wegen eines bei uns begangenen Verbrechens ergangen ist, als kompetent ergangen zu betrachten, und diese Frage ist nach allgemeinen Grundsätzen und nach den Bestimmungen des Staatsvertrags zu bejahen

Digitized by Google

Obschon es nicht unbestritten war, so wird man doch annehmen dürfen, daß zur Zeit des Abschlusses des Staatsvertrags und von den briden kontrahirenden Theilen der Grundsatz angenommen grwesen ist, daß die Gesetze des Inlands den Inländer auch im Ausland binden, und daß daher Würtrmbrrg und Baden an sich befugt war, seine Inländer wegen ihrer im gegenseitigen Ausland begangenen Verbrechen zu strafen. Wenn sich nun beide Staatrn im Art. 3 in peinlichen Sachen Rechtshülfe zusichern, so kann dieses keine andere Auslegung haben, als daß sie sich zusichern, sie wollten gegenseitig dahin wirken, daß das von einem ihrer Staatsangehörigen im andern Staat verletzte Recht peinlich gebüßt werde, denn darin besteht die peinliche Rechtshülfe. Wenn aber der Würtemberger in Baden ein Verbrechen begeht, und in Baden eingrfangen ist, so bedarf es keiner durch den Staatsvertrag erst zuzusichernden Rechtshülfe. Baden hat den bei ihm ein Verbrechen verübenden Würtemberger in seiner Gewalt. Seine Gesetze sind verlrtzt, sie verbinden ebenfalls den im Inland befindlichen Würtemberger, und ihn straft es kraft eigener Staatsgewalt. Die zugesicherte Rechtshülfe kann sich also nicht auf den Fall beziehen, wo der würtembergische Verbrechrr in unserer Gewalt sich befindet, sondern sie kann sich nur auf den Fall beziehrn, wo er nicht in unserer Gewalt, sondern wo er in der Gewalt Würtembergs, wo er in seiner Heimath ist. Hier können wir uns nicht die Rechtshülfe selbst gewähren, und hierin müssen wir also kraft eines Vertrags mit Würtemberg uns Rechtshülfe verschaffen. Diese Rechtshülfe ist alsdann nue auf zwei Wegen möglich, entweder folgt uns Würtemberg seinen Staatsangehörigen, der bei uns ein Verbrechen beging, zur Bestrafung bei uns aus, oder es bestraft ihn wegen dieses Verbrechens selbst. Durch den Art. 30 des Staatsvertrags wird aber als eine für diesen Fall nicht abgeänderte Regel festgesetzt, daß die Uebertreter von Strafgesetzen jeder Art von einem Staat dem andern nicht ausgefolgt wrrden. Gegenseitige Rechtshülfe haben sie sich jrdoch zugesichert, den nicht ausgefolgt werdenden Verbrechee kann aber dre veeletzte Staat nicht strafen, und so blribt nichts übrig, als daß der andere Staat den bri ihm sich aufhaltenden Verbrecher selbst straft, denn darin besteht alsdann die allein mögliche Verwirklichung der zugesicherten Rechtshülfe. Ist aber sonach Würtemberg kraft des Staatsvertrags dazu verbunden, so ist es auch dazu gegenüber von uns berechtigt, d. h. es ist gegenüber dem bei uns verlrtzten und damit abgeholfenen Recht dazu zuständig. Es handelt kompetent, und da nun nach Art. 1 ohne Unterschied der bürgerlichen und peinlichen Erkenntnisse die kompetent erlassenen Erkenntnisse gegenseitig anzuerkennen sind, so haben wir das peinliche Erkenntniß anzuerkennen, welches ein würtembergisches Gericht gegen einen Würtemberger wegen eines bei uns begangenen Verbrechens erlassen hat. Bei dieser Kompetenz der Gerichte von Würtemberg kann es alsdann begreiflicherweise auf einen Vorgang der Kompetenz unserer Gerichte ex praeventione nicht ankommen. Das gemeine peinliche forum delicti commissi ist in diesem Fall unmöglich, weil dieses inländische vor allen kompetente Gericht den Verbrecher nicht in seiner Gewalt hat, und nicht ausgefolgt erhält. Das inländische ex praeventione durch eine Fahndung kompetrnte Gericht tritt ebenfalls nicht ein, weil es den Verbrecher nicht verhaftet hat, und bei seiner Nichtausfolgung nicht zur Haft bringen kann. Das würtembergische Gericht, welches als forum domicilii oder gegenüber andern würtembergischen Gerichten ex praeventione speziell zuständig ist, ist gegenüber uns aus dem Staatsvertrag allgemein und speziell zuständig, und geht daher allen unsern Gerichtsständen schon aus dem alleinigen Grund vor, weil seine Zuständigkeit auch eine wirksame wirklich zue Abhülfe des verletzten Rechts führende ist.

Man kann nun dagegen einwenden, daß damit von uns ein Recht aufgegeben wird, den Würtenberger, der bei uns ein Verbrechen beging, auch nach inländischen Gesetzen zu strafen, wril er in Würtemberg, das nur nach seinen Gesetzen straft, nach würtembergischen Gesetzen gestraft wird. Allein vorerst ist das, was uns gegenüber dem Würtemberger hier ein Nachtheil ist, auf der andern Seite für unsern Staatsangehörigen, der in Würtemberg ein Verbrechen beging und nun von uns nach unsern Gesetzen bestraft wird, wiederum ein Vortheil. Sodann sind die würtembergischen und badischen Gesetze zur Zeit des Staatsvertrags als auf dem gemeinen deutschen Rechte beruhend, dee Sache nach so ähnlich, und sie bleiben es auch unter den neuen Gesetzen, daß der Staatsvertrag doch noch einen größrrn Vortheil darbietet, wenn er jeden Staat zur Bestrafung der im andern Staat von seinen Angehörigen begangenen Verbrechen verbindet, als daß man es auf den Zufall ankommen lassen will, daß der Würtemberger, der alsdann in seinem Staat gar nicht bestraft würde, sich wieder zu uns begiebt, eingrfangrn und bestraft wird. Die Gefahr der gänzlichen Strafloſigkeit ist in diesem Fall größer, als die Gefahr, daß der Würtemberger nach würtembergischen Gesetzen weniger oder gar nicht gestraft wird, und so war es zweckmäßiger diese kleine nur mögliche Gefahr zu übernehmen als der größern und grwissen zu verfallen.

Urberdieß haben wir ein Mittel, welches wenigstens dee Fortwirkung der Gefahr entgegentritt, einen nicht oder nicht genug bestraften Verbrecher, der also sein Verbrechen nicht abgebüßt hat, im Lande dulden zu müssen. Wenn

Digitized by Google

ein Ausländer bei uns ein Verbrechen begeht, so verweisen wir ihn unseres Landes. Dieses Recht ist ein uns allein zustehendes, uns als selbstständig gebührendes Recht, es ist unser Hausrecht, worüber wir uns mit Würtemberg nicht vertragen haben, und uns mit ihm nicht vertragen können, weil es unserer Persönlichkeit als Staat anklebt, und inhäriret. Als ein selbstständiges Recht bedarf es aber zu seiner Aussprache und Geltendmachung eines würtembergischen Erkenntnisses nicht. Wenn der Würtemberger im Würtembergischen wenig oder nicht bestraft ist, so können wir immerdar zum Zweck der Landesverweisung gegen ihn die Untersuchung eröffnen und fortführen. Erlauben uns unsere Gesetze gegen einen Abwesenden einen Untersuchungsprozeß zu führen und ein Kontumazialerkenntniß zu fällen, so können wir es gegen den Würtemberger thun, wir können unser Erkenntniß auf die würtembergische Untersuchung bauen, und es nachträglich dem dort erlassenen anknüpfen, und können uns somit zum wenigsten dagegen sichern, daß der Ausländer, der bei uns ein Verbrechen beging, nicht mehr unbestraft unser Land betritt und abermals unsere Rechtsordnung stört.

Nimmt man nun noch weiters an, daß neben dem schon vor dem Staatsvertrag in beiden Ländern geltenden Satz, daß ihre Gesetze den Inländer auch im Ausland binden, und daß sie also sich schon gegenseitig für strafberechtigt gegen ihre Staatsangehörigen wegen ihrer Verbrechen im andern Staat ansahen, noch der weitere allgemeine Grundsatz des gemeinen deutschen Strafrechts bestand, daß zumal die verurtheilenden Erkenntnisse in Strafsachen auch gegen die verletzte Allgemeinheit rechtskräftig wurden, und kein Verbrecher einem nochmaligen Straferkenntniß unterworfen werden konnte — non bis in idem — so wird man es um so erklärlicher finden, und wird es eben deßhalb um so leichter annehmen dürfen, daß beide Staaten in der sich auch in peinlichen Sachen zugesicherten Rechtshülfe sich verbinden wollten und verbunden haben, die Verbrechen ihrer Staatsangehörigen im andern Staat zu ahnden und zu bestrafen, und daß sie sich alsdann das gegenseitige Anerkenntniß dieser Strafurtheile im Art. 1 ebenfalls zusicherten.

Diese aus dem Inhalt des Staatsvertrags mit Würtemberg zu nehmende Ansicht wird durch den §. 9 des Entwurfs des neuen Strafgesetzes bestätigt, und noch auf das übrige Ausland ausgedehnt, indem dorten vorgeschrieben ist, daß gegen den von einem zuständigen ausländischen Gericht rechtskräftig freigesprochenen oder verurtheilten Verbrecher ein neues Strafverfahren oder Erkenntniß wegen desselben Verbrechens nur unter denselben Voraussetzungen stattfindet, unter welchen es gegen ein inländisches Straferkenntniß zulässig ist.

So allgemein und deutlich diese Vorschrift des §. 9. des Entwurfs des neuen Strafgesetzes lautet, und obschon er in seinem Inhalt mit dem Art. 3 des würtembergischen Strafgesetzes vom Jahr 1839 zusammentrifft, so hat man doch bestritten, daß durch den §. 9 die hier obschwebende Frage entschieden seye, indem man nämlich behauptete, der §. 9 finde nur auf jene Fälle Anwendung, wo der Verbrecher von einem zuständigen ausländischen Gericht verurtheilt worden sey. Im vorliegendem Fall handle es sich aber von einem im Inland verübten Verbrechen, für welches vor allen Dingen das inländische Gericht als forum delicti commissi zuständig seye. Wolle man nun auch dem ausländischen Gerichte als forum domicilii oder forum deprehensionis eine Zuständigkeit zuerkennen, so werde es sich bei diesem Gegenstoß beider Gerichte fragen, welchem der Vorzug zu geben seye, und habe nun das inländische Gericht Fahndungsschreiben erlassen, den Verbrecher vorgeladen, so seye es ex praeventione das zuständige Gericht, und wenn daher in einem solchem Fall das würtembergische Gericht den Würtemberger, der bei uns ein Verbrechen begangen, untersucht und bestraft habe, so habe es dieses als unzuständiger Richter gethan, und nach §. 9 des neuen Strafgesetzes habe man also das ergangene Straferkenntniß nicht zu berücksichtigen, sondern den Würtemberger, versteht sich, wenn man ihn hat, neu zu untersuchen und zu bestrafen.

Ich nahm daraus Gelegenheit, bei der Discussion des §. 9 das Amendement zu machen, daß man bei dem §. 9 die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts nicht nach unsern Strafgesetzen beurtheilen dürfe, sondern sich nur zu fragen habe, ob das ausländische Gericht nach seinen Gesetzen zuständig gewesen ist. Allein man ist darauf nicht eingegangen, weil, wie der Regierungs-Commissär Duttlinger sagte, das Gegentheil unjuristisch wäre, und man für Richter, welche so interpretiren, wie ich anführte, doch keine Gesetze machen könne, die sie nicht unrichtig anwenden würden. Das mag zwar seyn, nicht destoweniger hätte ich doch für besser gefunden, wenn mein Amendement, oder irgend ein anderes in seinem Sinne, etwa wie im würtembergischen Strafgesetz die Weglassung des Worts zuständig beschlossen worden wäre, denn so wie jetzt der §. 9 besteht, ist eben durch das Wort zuständig der Streit über die Beurtheilung dieser Zuständigkeit eröffnet, und da man den Hauptgrundsatz anzuerkennen hat, daß unsere Gerichte nur nach unsern Gesetzen zu urtheilen haben, und hier noch dazu ein im Inland begangenes Verbrechen in Frage steht, so setzt man sich sicherlich der Gefahr aus, daß unsere Gerichte, mag es noch so wenig im Sinn des §. 9 liegen, die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte nach unsern Gesetzen beurtheilen und alsdann die Zuständigkeit des

Digitized by Google

ausländischen Gerichts nicht annehmen, und abermals strafen. In den bei weitem häufigsten Fällen wird aber eine vorangehende Zuständigkeit unserer Gerichte ex praeventione angenommen werden, denn der Satz, daß die Prävention sich nur auf Gerichte desselben Staats bezieht, wird auch nicht allgemein angenommen, und dann ist die Sache bei dieser Auslegung des §. 9 noch schlimmer wie vorher, weil man dem §. 9 als dem spätern Gesetz, welches ausdrücklich die Frage entscheidet, den Vorrang vor den Bestimmungen des Staatsvertrags mit Würtemberg ertheilen wird, zumal da dieselben, wie nicht zu verkennen, die Frage nicht ausdrücklich entscheiden, sondern nur durch Benutzung allgemeiner Grundsätze, durch logische Interpretation die hier getroffene Entscheidung daraus geschöpft werden kann. Es mag seyn, daß dieses Unrecht wäre, allein damit, daß man beweist, es seye etwas nicht recht, hat man nicht bewiesen, daß es nicht geschehen kann, und nicht geschehen wird. Sander.

II.

Verurtheilendes Erkenntniß ohne Klagbegehren.

Kann der Mangel des Klagbegehrens in zweiter Instanz noch nachgeholt werden? Und wäre die Bitte um Bestätigung des zu Gunsten des Klägers ergangenen Erkenntnisses eine genügende Nachholung? *)

(Klage) Actum. In S. erscheinen beide Partheien (sie waren vorgeladen auf das Beschwerdeanbringen des Klägers) mit dem A. G. von F., welcher das Feld des J. B. (Klägers) früher besaß. Vorläufig wird von B. ein Handrißlein zu den Akten gegeben, nach welchem von S. aus um die Halde herum auf dem Wege bis etwa zur Mitte der Länge des Ackers des A. N. (eines der Beklagten), der gegen H. liegt, gefahren, und dann von diesem Wege über das Feld des A. N. und des J. M. (andere Beklagte) erst auf das Feld des B. gefahren werden kann, indem von F. her gegen diesem Felde ein sehr steiler und nicht fahrbarer Abhang liege. B. beruft sich auf das Zeugniß des A. G., dessen Vater im Jahr 1803 das Feld des B. erkaufte, und seit dieser Zeit bis zum Wiederverkauf desselben über dieses Feld des M. und N auf sein Feld, welches nun B. besitzt, ungestört gefahren ist, so wie auch B. selbst seit 6 Jahren eben diesen Fahrweg ungestört benutzte. N. und M. erklären hierauf: Wenn A. G. eidlich behaupten kann, daß er und sein Vater seit 1803 bis zum Verkauf des Feldes an B. alljährlich ungestört über unsere Felder auf sein Feld gefahren sey, so wollen wir nichts dagegen haben, daß auch B. den nämlichen Weg über unsere Felder auf sein Feld benütze."

„A. G. erklärt hierauf: So lange ich denken kann, so ist mein Vater und ich selbst über die Felder des N. und M. auf unser Feld mit Dungfuhren und mit den Felderzeugnissen gefahren, was ich zu beeidigen im Stande bin," (folgen die Unterschriften. Dann Ladung des Zeugen A. G. und der Parteien zur eidlichen Abhör des ersteren.)

Protokoll ꝛc. Deposition des beeidigten A. G. (nach den Generalien 40 Jahr alt!) Nach einer unerheblichen Bemerkung über frühere Besitzer und der Angabe, daß des Zeugen Vater das Grundstück des Klägers im Jahr 1803 erkauft habe, sagt Zeuge aus: „So lange mein Vater dieses Stück Feld besaß, ist derselbe nach seiner Angabe, was ich oft von ihm hörte, und als ich und mein Bruder K. G. größer wurden, sind ich und mein Bruder immer über die Feldstücke des M. und N. gefahren, wenn wir unser Feld, welches jetzt B. besitzt, anpflanzten und haben auf diesem Weg den Dung in, und die Felderzeugnisse aus diesen Feldern über die Felder der Beklagten geführt, weil wir wegen einer sehr steilen Halde von F. aus nur mit sehr großen Beschwerden auf unser Feld hätten kommen können. Doch muß ich bemerken, daß wir auch einigemale über die steile Halde hinab unmittelbar auf unsere Felder gefahren sind. M. (der andere Beklagte ist nicht erschienen) erklärt hierauf, dieses Zeugniß nehme ich nicht an, sondern behalte mir vor, gegen G. wegen falschen Aussagen eine besondere Klage zu führen. — B. erklärt, „ich beharre bei der eidlichen Aussage des G." (Dem Beklagten N. wurde diese Deposition nicht eröffnet. Es folgen nun die Unterschriften und sogleich die)

Entscheidungsgründe und Bescheid.

„Da J. M. und A. N. wegen dem Fahrweg über ihre Felder auf das Feld des J. B. auf die eidlichen Aussagen des G. kompromittirt haben, und J. E., daß G. dieses ausgeübte Fahrrecht eidlich bestätigte (er war ja im Jahr 1803 erst 3 Jahr alt?); so wird erkannt durch Bescheid:

J. M. und A. N. seyen schuldig zu gedulden, daß J. B. mit Dung und Fuhren seiner Felderzeugnisse über die fraglichen Felder des J. M. und A. N. (wo?) auf und ab seinem Acker fahren könne, unter Verfällung des J. M. und A. N. in die Kosten. v. R. W.

Publizirt beiden Theilen in instanti unter Erklärung der Fatalien der ordentlichen Appellation und Zustellung der gedruckten Belehrung **). Großh. B. Amt."

Hofgerichtliches Urtheil.

Der Bescheid des Bezirksamtes ꝛc. sei aufzuheben und Kläger, Appellant, in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen. V. R. W.

E. Gr.

Nach §§. 5 und 376 P. O. darf der Richter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einer Partei niemals von Amtswegen etwas zusprechen, um was sie nicht gebeten hat, den Ersatz der Prozeßkosten allein ausgenommen. Diesen Grundsatz hat der Unterrichter verletzt, indem er durch seinen Bescheid dem Kläger das Recht zuerkannt hat, „mit Dung und Fuhren seiner Felderzeugnisse über die frag-

*) Durch vollständige Mittheilung der kurzen amtlichen Verhandlung glaubt man aller beurtheilenden Bemerkungen überhoben zu seyn.

**) Ohne diese Beurkundung hätte man versucht sein können, zu glauben, daß der Bescheid nur ein polizeilicher seyn solle.

Digitized by Google

lichen Felder ꝛc. auf und ab seinem Acker zu fahren," während Kläger ein Begehren hierauf nirgends gestellt hat. Das Protokoll v. 10. März 1840 erwähnt blos einer Beschwerde, des Jos. Behringer, „daß M. und N. ihn nicht auf seine von A. G. erkauften Güter fahren lassen, obgleich sämmtliche Güter von einem Hofgute herstammen."

Im Protokoll vom 28. März 1840 aber, welches die Klage enthalten soll, setzt Kläger blos auseinander, daß er v. F. aus auf geradem Wege auf sein Grundstück nicht gelangen könne ꝛc. *). Was er hierauf gestützt ansprache, daß er namentlich das verlange, wozu der Untergerichter die beiden Beklagten verurtheilt hat, davon enthalten die untergerichterlichen Akten keine Silbe, weder in dem eben erwähnten Protokolle, noch an irgend einem andern Orte. Die Beklagten erklärten statt aller Vernehmlassung ꝛc. **). Auf diese Aussage erfolgte die Verurtheilung der beiden Beklagten, ohne daß dem einen derselben auch nur die Aussage des Zeugen eröffnet worden wäre.

In dieser Instanz suchte zwar der Anwalt des Klägers die Klage zu vervollständigen, indem er in der Vernehmlassung namentlich erläuterte, daß die Klage dahin gehe, daß der Weg über die Felder des Beklagten ein Nothweg für ihn (Kläger) sey, um auf sein Grundstück zu gelangen (L.R.S. 682). Es ist aber auch in dieser Instanz das ordnungsmäßige Begehren, wie es zur Grundlage einer aus dem L.R.S. 682 hergeleiteten Klage erforderlich ist, nicht gestellt worden, in dem bloßen Begehren um Bestätigung des untergerichtlichen Bescheids kann dasselbe nicht gefunden werden, auch davon abgesehen, daß die Stellung eines Begehrens in der Instanz, da wo es in erster Instanz an einem solchen gänzlich fehlt, eine unstatthafte Klagänderung wäre. §. 345 P.O. Das untergerichterliche Erkenntniß erscheint sonach, weil es gegen wesentliche Vorschriften der Prozeßordnung verstößt, nichtig, und es mußte darum unter Anwendung des §. 169 wegen der Kosten, wie geschehen erkannt werden. —

Anmerkung. Nur hinsichtlich der Form der Entscheidung bestand eine getheilte Meinung, indem eine Minorität für die Abweisung des Klägers stimmte, weil nach §. 1223 P.O. ein Endeerkenntniß zu geben sey. Die Ansicht der Majorität bildete sich durch die Betrachtung, daß da, wo wie hier, nicht bloße Unvollständigkeit der Klage, (§. 247. P.O.) vorhanden sey, sondern die Grundlage derselben fehle, eine Klage eigentlich gar nicht vorliege, auch die Abweisung der Klage oder des Klägers mit solcher nicht wohl möglich sei, und daher nichts anderes übrig bleibe, als Aufhebung. Zentner.

III.

Erwiderung auf die Redaktionsnoten in Nro. 49 II. des vorigen Jahrgangs.

Die Redaktionsbemerkungen enthalten zwar einen Versuch, die bestrittene Ansicht zu rechtfertigen, die allerdings die überwiegende Praxis für sich gewonnen hat; eine Widerlegung meiner Nachweisung der Ungesetzlichkeit jener Ansicht vermag ich aber darin nicht zu finden. Jene Praxis geht davon aus, daß die Vorschrift des §. 1230 P.O. und überhaupt die Abweichung hinsichtlich der Verkündung bei dieser Art der Appellation eine lästige Förmlichkeit sey, und es wird sich am Ende darum fragen, ob die Praxis über das Gesetz, oder das Gesetz über die Praxis den Sieg davon trage, wobei ich es keineswegs für unmöglich ausgeben möchte, daß die Legislation in die Lage kommen konnte, wegen Mangels triftiger Gründe für diese Ausnahmsbestimmung davon abzugehen und auch hierin der allgemeinen Vorschrift über die Verkündung und den Anfang der Nothfristen zu folgen, wenn sie anders das Ansehen des Gesetzes nicht preisgeben will. Gegenwärtig aber schreibt das Gesetz, wie ich glaube, das von mir vertheidigte Verfahren vor, zu dessen Rechtfertigung ich den Redaktionsnoten zum Schlusse nur einige wenige Bemerkungen entgegen stellen will.

Zu ** Die Redaktionsnote setzt ein nicht gehörig verkündetes Erkenntniß dem gehörig verkündeten gleich, ich glaube aber, daß, wenn man streng seyn will, man nur das gehörig eröffnete Erkenntniß für ein Erkenntniß mit den gesetzlichen Wirkungen annehmen könne. Ein Erkenntniß, welches zwar eröffnet worden ist, aber z. B. nicht der Streitpartei, sondern einem dritten, etwa einem (nicht bevollmächtigten) entfernteren Verwandten, oder nicht vom Richter, sondern durch den Kanzleidiener ꝛc., oder welches die Partei zufällig in der Kanzlei liest, — welche Fälle mir alle gleichzustehen scheinen, wird wohl ohne Zweifel ein nicht eröffnetes im rechtlichen Sinne, d. h. keines seyn, wenn gleich überall faktisch oder grammatisch eine Eröffnung vorliegt. Die Argumentation aus einem ohne Rücksicht, wie, nur eröffneten Erkenntnisse würde daenach offenbar zu weit führen. Auch in den Fällen des §. 384a finde ich keinen Grund von der Vorschrift des Gesetzes abzugehen, wenn ich gleich wohl weiß, daß die Praxis es anders hält und die Verkündung an den Anwalt, der alten Uebung gemäß, als hinreichend ansieht, zur Begründung des Anfangs des Nothfristenlaufs, um darauf hin die Berufung auszuführen. Wo der Befolgung des Gesetzes keine größere Inkonvenienzen entgegenstehen, als hier, sollte man es nicht leicht verlassen.

Zu ***. Das ist eben die Frage, ob die Appellation angenommen werden soll? Und es ließe sich ferner fragen, ob nicht eine mit Verletzung des §. 1230 geschehene Zulassung der Appellation der Anfechtung unterliege? — Nach §. 1235 wird zwar der Beklagte von der Beschwerde, aber nicht von der Klage in Kenntniß gesetzt, und im konkreten Falle (§. 688) erhielt er solchen nicht einmal „zur Nachricht" (§. 358 ff.)

Zu †. Den die säumige Partei treffenden Nachtheil gebe ich ohne weiteres als richtig zu, den habe ich auch nicht bestritten. Daneben bleibt aber mein Argument stehen, daß der Gesetzgeber nach dem Inhalt des §. 1238 die Vorschrift des §. 1230 als zu befolgende Richtschnur unterstelle. Uebrigens ist dieß nur ein Nebengrund. Die zugleich von mir angeführte Folge aus der gegentheiligen Ansicht, daß darnach strenge genommen gar keine Rechtskraft (im Fall des §. 1237) möglich wäre, ist unangefochten, wird auch nicht wohl angefochten werden können, da die Rechtskraft durch den in § 1230 bestimmten Lauf der Nothfristen bedingt ist.

Zentner.

*) S. oben die amtlichen Verhandlungen.

**) S. eben.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 15. Karlsruhe den 10. April 1841.

I.

Fall über Bieraccisdefraudation.

(Als Fortsetzung des Aufsatzes in Nr. 52 des Jahrganges 1839, Seite 346—348 der Annalen.)

Bezirksamt Triberg und Hofgericht des Oberrheinkreises in Freiburg.

Vielleicht kann nirgends deutlicher, als bei Untersuchungen und Aburtheilungen von Bieraccisdefraudationen die Richtigkeit der Begriffsbestimmung, welche Justinian über Rechtswissenschaft giebt „juris prudentia est humanarum rerum notitia“ erkannt werden, vielleicht giebt es kein anderes Verbrechen oder Vergehen, wo neben der Gesetzes- und Rechtskunde noch derselben ganz fremdartige Kenntnisse dem Richter nützlich, oft nothwendig werden. Daher könnte eine wiederholte Erörterung dieses Gegenstandes um so zweckmäßiger erscheinen, als derartige Untersuchungen in der letzten Zeit bei den Gerichten auffallend sich vermehrt haben, und man oft wahrzunehmen Gelegenheit hat, daß die gegebenen Erkenntnisse oder sonst öffentlich bekannt gewordenen Ansichten von Rechtsverständigen den bestehenden Bestimmungen keineswegs entsprechen.

Bekanntlich wurde die Bieraccise vom Jahre 1812 bis 1825 nach dem Malze entrichtet, und in diesem letztrn Jahre, als man vermeinte, daß bei dieser Erhebungsart Umgehung der Abgabe sehr leicht möglich sey, eine andere, auf das Maas des Kesselinhaltes gegründete, gesetzlich eingeführt.

Das Gesetz vom 14. Mai 1825 setzt die Birrabgabe auf 13 Gulden vom Fuder Bier fest, welches nach dem Kesselinhalte erhoben werden soll, und die Vollzugsverordnung vom 22. September k. J. bestimmt, daß „jeder Biersutt mit 6 kr. von der Stütze Kesselinhalt zu versteurrn sey“, welche Verordnung durch eine spätere vom 12. Oktobre 1837 nun dahin abgeändert ist, daß nur 5 kr., nicht 6 kr. von dee Stütze Kesselinhalt zu bezahlen seyen.

So klar das Gesetz ist, so vielfacher Deutung scheint die Vollzugsverordnung empfänglich zu seyn.

Einige behaupten da, daß der Kessel gleich anfangs des Suttes nur einmal, also blos mit Wasser, weil jetzt keine Würze vorhanden ist, aus drm Grunde gefüllt werden dürfe, weil der §. 2 der Vollzugsverordnung sage, daß unter einem Biersutte das Brauen einer Quantität Bier verstanden werde, die durch einmalige Füllung des Kessels erzeugt weeden könne. Ich habe in dem oben citirten Aufsatze diese, von dem Steuerbeamten vertheidigte, offenbar irrige Ansicht zu widerlegen gesucht, auseinander gesetzt, daß man während der Zubereitung der Würze ganz nach Willkühr*) den Kessel füllen könne, und bin bei dem Resultate stehen geblieben, daß, wenn die Würze fertig sey, das heißt, die Flüssigkeit allen Braustoff in sich aufgenommen habe, welchen das Wasser mit Wärme aus dem Malze herauszuziehen vermag und nun mit dem Hopfen in den Kessel zum Kochen verbracht werde, daß jetzt, nach geschehener einmaliger Füllung des Braugefäßes mit allen, zur Bierbereitung absolut nothwendigen Bestandtheilen, keine Nachfüllung mehr geschehen dürfe.

Andere begnügen sich nicht bei der unbeschränkten Freiheit in der Art und Weise der Würzezubereitung, sondern sie gehen so weit, den Satz aufzustellen, daß sie ganz nach Willkühr Bier sieden, und in dem Kessel während des Würzekochens (mit dem Hopfen) das beliebig wieder auffüllen können, was durch Einsieden und Verdunsten verschwunden sey; daß also der eingesottene Theil wieder

---

*) Man kann nicht sagen, daß der Brauer bei dem Einmaischen den Kessel so und so viel mal fülle. Einige füllen ihn zwei, andere vier-, andere sechs- und noch mehrmal, weil hier Alles auf die Härte oder Weichheit des Wassers, der Art des Malzes, des Klimas, der Witterung ꝛc. ankömmt. Im Durchschnitt werden die Träber duech dreimaligen Aufguß erschöpft.

Ernst Ludwig Schubarth's Elemente der technischen Chemie. Bd. II. S. 491.

Digitized by Google

ergänzt und so selbst der ganze Kessel voll Bier gefertigt werden dürfe.

Diese Ansicht wird von den Steuerpflichtigen in Schutz genommen. Jene wie diese widerstreiten dem Gesetze. Durch die Erstern wird weniger, durch die Letzteren mehr Bier gebraut, als veraccist wurde, dort sohin eine Ungerechtigkeit gegen den Steuerpflichtigen, und hier gegen die Staatskasse begangen.

Die Widerlegung der letztern Ansicht durch Anführung und Betrachtung eines Falles ist zunächst Gegenstand dieses Aufsatzes.

In dem letztverflossenen Frühjahre und Sommer liefen bei dem Bezirksamte Teiberg wohl zwischen 60 bis 80 Anzeigen ein, welche alle sammt und sonders folgenden wesentlichen Inhaltes waren.

„Daß der Anzeiger nach geendigtem Sutte in den Fässern so viel und so viel fertiges Bier getroffen, während doch der Angezeigte nur so viel und so viel Maas versteuert habe, das rühre daher, daß während des Kochens der Würze (nämlich nach Beimischung des Hopfens) noch Flüssigkeit nachgegossen worden sey."

Im Durchschnitte hatte der am meisten zur Anzeige gekommene größte Brauer B. H. 172 Maas jedesmal mehr fertiges Bier, als er nach dem Brauschein versteuert hatte.

Den ganzen Inhalt der Anzeige gaben die Angezeigten stets vollständig zu und vertheidigten sich alle nur damit, daß es ihnen gesetzlich gestattet sey, den Kessel während des Würzekochens nach Gutdünken wieder aufzufüllen und überhaupt selbst den vollen Kesselinhalt fertiges Bier zu erzeugen. Der ob- und subjektive Thatbestand einer Defraudation*) stund somit nach der Anzeige fest, und es war blos die Frage zu beantworten, ob die Meinung der Steuerpflichtigen richtig seye oder nicht?

Das Amt bejahte die Frage, indem dasselbe erkannte bei einem Theile der Untersuchungen, „daß die Denunciaten für klagfrei erklärt werden"; bei einem Andern: „daß kein Grund zur Einleitung einer Untersuchung vorhanden sey".†) Gründe:

In Erwägung, daß

1) durch das neueste Gesetz über die Biersteuer vom Jahre 1837 alle frühern Gesetze und Verordnungen aufgehoben wurden, folglich auch keine Anwendung mehr finden könne;

2) nach dem Gesetze vom Jahre 1837 der ganze Bierkesselinhalt versteuert werden muß und schon hieraus hervorgeht, daß die Bierbrauer auch befugt seyn müssen, den ganzen Kessel voll Bier zu sieden, was aber nur durch nach und nach statt findendes Zugießen der Würze möglich ist;

3) ferner das oben erwähnte Gesetz den Bierbrauern noch ausdrücklich gestattet, den Kessel einmal mit Bier zu sieden, und blos ein Nachsutt, also blos das Sieden von mehr Bier, als der Kesselinhalt beträgt und versteuert wurde, verboten wäre, daß aber

4) nach der Anzeige selbst der Kessel nach Beendigung des Suttes nicht einmal voll war, folglich nach der Anzeige selbst eine Defraudation nicht vorhanden war.

Gegen sämmtliche Erkenntnisse ergriff die Obereinnehmerei Hornburg an das Großh. Hofgericht des Oberrheinkreises den Recurs, welcher aber von diesem Gerichtshofe aus folgenden Gründen verworfen wurde:

Nach dem Gesetze vom 14. Mai 1825 ist vom Fuder Bier eine Abgabe von 13 Gulden nach dem Kesselinhalte zu entrichten, folglich nur das durch Brauen gewonnene Bier, nicht aber die Flüssigkeit, welche dazu verwendet wird, nach jenem Verhältniß zu besteuern. Dem Denunciaten, welcher nach der eigenen Angabe des Anzeigers und der recurrirenden Obereinnehmerei einen Sutt Bier von 7 Ohm, 1 Stütze (710 Maas) zur Versteuerung declarirt hatte, kann demnach eine Defraudation der Abgabe nicht zur Last gelegt werden, wenn er nicht durch diesen Sutt mehr Bier gebraut hat, was von dem Denunciaten und der Rekurrentin nirgends behauptet ist.

Wenn dem Bierbrauer auf seine Deklaration statt jener durch das Gesetz von 1825 bestimmten Abgabe in Gemäßheit der Vollzugsverordnung vom 12. Oktober 1837 ein

*) Man kann nur auf eine Weise eine Bierdefraudation begehen, nämlich dadurch, daß man entweder einen Sutt siedet, welcher nicht declarirt wurde, oder mehr Bier fertigt, als man nach dem Brauscheine zu fertigen berechtigt war. Wenn während des Suttes im engern Sinne des Wortes, das ist während des Würzekochens, noch eine bedeutende, vielleicht den Kesselraum übersteigende Menge Malzbrühe, oder, was dasselbe ist, Würze, in der Maischkufe oder andern Gefäßen gefunden wird, so liegt hierin wohl ein Verdachtsgrund, daß der Brauer daraus verbotener Weise Bier bereiten wollte. Aber der Thatbestand der Unterschlagung einer dem Staate gebührenden Abgabe ist nicht vorhanden, weil dieselbe nur vom fertigen Bier, und nicht von dem dazu bestimmten Stoffe erhoben wird, da der Pflichtige die Flüssigkeit möglicherweise auch zu einem andern Zwecke verwenden kann und will.

Ein naher Versuch zur Defraudation könnte übrigens, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, in jenem Umstande wohl gefunden werden; allein ein solcher ist gesetzlich nicht mit Strafe bedroht.

In einem solchen Falle sollte das Aufsichtspersonal blos angewiesen seyn, ein besonders wachsames Auge auf den Sutt zu haben, weil es wahrscheinlich ist, daß verbotene Nachfüllungen statt finden werden.

†) Daß die eine oder die andere dieser beiden Formeln, weil das abgeurtheilte Vergehen vollständig das nämliche war, unrichtig sey, wird in die Augen springen.

Digitized by Google

geringerer Betrag von 5 fl. 55 kr., nämlich nur 5 kr. von der Stütze Kesselinhalt angesetzt und von ihm entrichtet worden sind, so folgt daraus nicht, daß hinsichtlich des Mehrbetrags eine Defraudation vorliege, welche eine ursprünglich unrichtige Deklaration oder ein Uebeeschreiten der Befugniß voeaussetzen würde (§. 15 der Verordnung von 1837). Eine solche Uebeetretung des Gesetzes soll nun, da sonst keine andere Unrichtigkeit behauptet wird, lediglich daeaus hervorgehen, daß nach beendigtem Sutte der Kessel mehe Biee enthielt, als damit durch die entrichtete Abgabe von 5 fl. 55 ke. in Vergleichnung mit der Bestimmung des Gesetzes von 1825 versteuert hatte, und daß mithin gesetzwidrige Nachfüllungen des Kessels statt gefunden haben müssen.

Allein der eeste Grund zeefällt bei dee oben gedachten Erwägung, daß dee Denunciat richtig deklaeirt hatte und außer Schuld ist, wenn die Steueebehörde ihm die Abgabe zu niedee berechnet und angesetzt hat. Der aus der Quantität des gebrauten Biers auf Nachfüllungen gezogene Schluß ist zwae thatsächlich in so fern richtig, als selbst der Denunciat zugibt, daß er nach der ersten Füllung des Kessels während des Sutts sogenannte Würze, wie dies beim Brauen immer geschehe und nothwendig sey, nachgegossen, und auf diese Weise das nach Beendigung des Suttes vorgefundene Bier gewonnen habe. Aus den vorhandeuen gesetzlichen Bestimmungen ist aber nicht zu eesehen, daß solche Nachfüllungen verboten sind. (Annalen der Bad. Gerichte 1839, S. 346)*)

Die gedachte Vollzugsveroednung von 1837 bestimmt zwar, daß untee einem Biersutt das Beauen einer Quantität Bier verstanden werde, welche durch einmalige Füllung des Kessels, also ohne Nachsutt, erzeugt weeden kann. Allein es konnte die Absicht dieser Vollzugsveeordnung nicht seyn, das Gesetz von 1825, welches ohne solche Beschränkung die Versteueeung des Biers nach dem Kesselinhalte fordert, so wesentlich abzuändern, daß der Biebeauer, statt sein Bier nach dem Kesselinhalte unbeschränkt zu veesteueen, gehalten wäee, nur eine gewisse, weit unter dem Kesselinhalt stehende Quantität Bier in einem Sutt zu brauen, und während sich des Brauens jeder ihm nöthig odee zweckmäßig dünkenden Mischung zu enthalten, bei Strafe dee Defraudation. Man muß vielmehe annehmen, daß auch diese Verordnung unter veebotenen Nachsutten das Brauen einer weitern Quantität Bier versteht, welche innerhalb dee nue für einen Biersutt zugelassenen Brauzeit (§. 9.) über das Maß einer Kesselfüllung erzeugt wird.

*) Mit Unrecht wird auf diesen schon oben citirten Aufsatz sich berufen, da er just das Gegentheil vertheidigt.

Das Gegentheil läßt sich auch daraus nicht folgeen, daß die Vollzugsveeordnung gleichzeitig verfügt, daß jeder Biesutt mit 5 kr. von dee Stütze Kesselinhalt, folglich niederer zu versteueen sey, als das Gesetz von 1825 mit 13 fl. für das Fudee bestimmt hat. Diese Herabsetzung kann auch auf andern Geünden (etwa auf der ausgedehnten Berechnung des Kesselinhaltes [§. 3.] oder auf der Berücksichtigung des Abgangs am Bier u. s. w.) beruhen. Jedenfalls kann derselben ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung die oben angefühete Folge nicht gegeben weeden.

Die von dee Rekueeentin angeführten Verfügungen und Instruktionen dee Finanzbehörden sind ohne Gesetzeskraft nicht geeignet, ein Straseekenntniß zu begründen.

Diese beiden Erkenntnisse halte ich füe durchaus unrichtig.

Das Gesetz vom 15. Mai 1825 verlangt vom Fuder Bier eine Abgabe von 13 fl., welche nach dem Kasseninhalte zu enteichten ist. Also wird nicht der Kasseninhalt, nämlich die uesprüngliche Flüssigkeit, sondern das erzeugte Bier nach dem Kesselinhalt versteueet. Dieses erscheint auch nach dem Buchstaben des Gesetzes so klar, und nach dee Natue der Sache so vernünftig, daß die gegentheilige Behauptung mit den daran geknüpften Folgeeungen fast unbegreiflich ist.

Es war nun Aufgabe der Finanzbehörde, Vorschriften zu geben, wie die Erhebung vor dem Sutte, also vor dee Existenz der zu versteuernden Sache, geschehen könne. Sie hatte dabei zwei Zwecke zu verfolgen; fürs eeste den, daß Umgehungen der Abgabe so viel wie möglich verhütet weeden; fürs andere den, die Forderungen nicht übee die Schranken des Gesetzes hinaus auszudehnen und mehr zu erheben, als erzeugt wuede.

Dieser doppelte Zweck konnte nue durch die richtige Ermittelung des Quantums des zu erzeugenden Biers sicher erreicht werden. Allein, wie wae dies möglich?

Es gibt nur zwei Arten, wie die indirekten Steuern eehoben können, nämlich auf Eefund oder Revision, wenn der zu versteuernde Gegenstand untersucht — abgemessen, abgewogen ꝛc. — wird, odee auf den Grund einer vorausgehenden Deklaration, d. h. eine Erklärung des Pflichtigen über die Quantität und Qualität der zu veeabgebenden Sache.

Die Erstere ist ohne Widerrede die bestimmteste und gewisseste, allein oft gänzlich unausführbar, und jedenfalls aus höheen politischen Gründen uneathsam, daher bei uns nirgends eingeführt. Der Bieraccis könnte am sichersten daduech erhoben werden, daß das gefertigte Bier, nach vollständigee Beendigung des Suttes, und selbst erst nach der Gäheung, welche eegelmäßig erst 7

Digitized by Google

bis 8 Stunden nach dem Stellen eintritt, gemeſſen, und die Abgabe darnach (nach dem Erſunde) erhoben würde. Um nach dieſem Syſtem Unterſchlagungen zu verhüten, wäre aber, da keine andere Controle gedenkbar iſt, die fortwährende Bewachung des Bierſuttes bis nach der Gährung, alſo oft während mehreren Tagen ſchlechthin erforderlich. Daß dieſe Erhebart in jeder Beziehung verwerflich ſey, bedarf wohl keiner Begründung.

Alſo mußte man auch für dieſe Art indirekter Abgabe die allgemeine Regel der Erhebung derſelben auf den Grund einer vorherigen Deklaration beibehalten. Allein die Durchführung dieſes Syſtemes war hier ganz eigenthümlichen, großen Schwierigkeiten unterworfen, weil die Sache, die verſteuert werden ſoll, im Augenblicke der Verſteuerung noch gar nicht vorhanden iſt, ſondern erſt durch einen chemiſchen Prozeß hervorgebracht werden muß.

Es konnte daſſelbe daher nur auf eine allgemeine Berechnung nach den Grundſätzen der Chemie und den allgemein geltenden Regeln der Bierbrauerei gebaut werden. Beide ſollen hier kurz zuſammen betrachtet werden; zuſammen, weil ſie ſich wie Grund und Folge zu einander verhalten, indem die allgemeinen Brauregeln durch die Geſetze der Chemie ſich feſtgeſtellt haben.

Die Bierbereitung zerfällt in fünf Abſchnitte oder Operationen,

1) das Malzen,
2) das Einmaiſchen (alter Ausdruck für Miſchen),
3) das Würzekochen,
4) das Kühlen der Würze, und
5) die Gährung.

Jede dieſer Operationen bildet einen chemiſchen Prozeß.

Den durch die vorgeſchriebene Zeit des §. 9 begrenzten Sutt*) bilden das Einmaiſchen, d. h. die Würzeerzeugung und das Würzekochen; die erſte Operation geht ihm voran, die letztern beiden folgen ihm. Abgang erleidet der Keſſelinhalt in den drei letztern.

Das Einmaiſchen hat zum Zwecke, nicht blos den im Malze an und für ſich enthaltenen Gummi (Schleim) und Zucker zu entwickeln, ſondern denſelben mittelſt des Klebers, des Waſſers und der Wärme zu vermehren, um durch dieſe eingeleitete Zuckerbildung die Zuckermenge zu erhöhen, ſo daß der Eiweißſtoff zerrinne, ſich niederſchlage und die Flüſſigkeit klar werde, was ſonſt nicht erfolgen könnte. Iſt ſie nun ſo geklärt, ſo heißt ſie Würze.

J. Bachmann's Technologie, S. 128 u. 130. §. 9 u. 10.

Die zweite Operation iſt jetzt vorüber, und jetzt, wo alle extractiven Bierbeſtandtheile dem Malze abgewonnen ſind, beginnt eine neue, die dritte, das Würzekochen.†) Die Würze wird nun zu dieſem Behufe mit dem nöthigen Hopfen in das Braugefäß verbracht, und beide werden mit einander geſotten.

So verſchieden die Beaumethoden immer ſeyn mögen, und ſelbſt nach der Beſchaffenheit des Waſſers, der Luft, des Hopfens und der Gerſte, ſelbſt des Landgeſchmackes ſeyn müſſen; ſo ſtehen doch die Sätze feſt, daß, nach dem Obigen, vorerſt die Würze erzeugt werden muß, und daß ſie dann erſt mit dem Hopfen im Braugefäße gekocht werden könne. Damit aus der Flüſſigkeit Bier werde, und die Stoffe gegenſeitig ſich durchſchwängern können, iſt die Wirkung eines gewiſſen Grades von Wärme während einer beſtimmten Zeit, welche 1½ bis 2 Stunden und oft weit darüber beträgt, weſentlich erforderlich.

E. L. Schubarth's techniſche Chemie, Bd. II. S. 494.

Wenn dieſes nun richtig iſt, ſo wird nicht minder einleuchten, daß nach dem Beginne dieſes Prozeſſes keine Würze mehr nachgegoſſen werden kann und darf, weil der nachgegoſſene Theil den chemiſchen Prozeß in der vorgeſchriebenen Zeit nicht mehr beſtehen könnte, daher theilweiſe Würze blieb und den ganzen Keſſelinhalt verdürbe. Gutes, geſundes Bier könnte ſo nie gewonnen werden. Daher mußte es in den Bierbrauereien allgemeine Regel werden, daß, ſobald durch die Maiſche der Keſſel voll Würze erzeugt iſt, dieſelbe auf einmal nun mit dem Hopfen zum Kochen oder Sieden (daher Sutt) in das Braugefäß verbracht wird. ††)

Jede ſpätere Nachfüllung iſt ein Nachſutt, weil die nachgefüllte Flüſſigkeit den nämlichen chemiſchen Prozeß des Siedens mit dem Hopfen — Amalgamiren, Extrahiren — oder wie man dies immer ausdrücken will, zu durchlaufen hat.

Das Kochen dauert, wie oben geſagt, 1½ bis 2 Stunden und noch mehr, je nachdem der Hopfen mehr oder weniger ſtark und ſcharf iſt, bis die Stoffe gegenſeitig ſich aufgenommen haben.

---

*) Im engern Sinne des Wortes.

†) Nach E. L. Schubarth iſt der Zweck des Würzekochens: 1) dieſelbe zu konzentriren; 2) einen Theil des Stärkemehls durch den Kleber in Stärkezucker und Gummi zu verwandeln; 3) den zugeſetzten Hopfen zu extrahiren; 4) den in der Würze enthaltenen Eiweisſtoff zu koaguliren und niederzuſchlagen, und 5) das noch übrige Stärkemehl durch den Gerbſtoff des Hopfens zu fällen.

††) Der eigentliche Bierſutt — im engern Sinne des Wortes — beginnt erſt mit dem Würzekochen; die beiden vorhergehenden Operationen ſind nur Vorbereitungen zum Sutte. Darnach verſteht man unter einem Sutte den chemiſchen Prozeß, worin alle in der Würze enthaltenen extraktiven Bierſtoffe des Malzes mit dem Hopfen ſich amalgamiren, d. h. ſo vereinigen, daß ſie einen neuen Körper — Spezies — bilden.

Digitized by Google

Während des Prozesses verdünstet ein Theil des ursprünglichen Kesselinhalts, wie dieses natürlich ist, und keines Beweises bedarf. Das Eindunsten richtet sich im Allgemeinen nach der Beschaffenheit des Wassers, der Bierart (ob Weiß- oder Braunbier gemacht werde), der Luft und mancher äußern und innern Ursachen. Indessen beträgt im Allgemeinen diese Menge des verdampften Wassers 1/7 bis 1/6 des Volums der Würze, oder, was dasselbe heißt, des Kesselinhaltes.

E. L. Schubarth daselbst.

Nach geendigtem Sutte wird nun das erzeugte Bier auf das Kühlschiff verbracht — vierte Operation — wo, nach englischen Beobachtungen 1/4, nach diesseitigen 1/10 bis 1/8 der Flüssigkeitsmasse, je nach der Temperatur, der Luft und Beschaffenheit der Würze verdunstet.

Derselbe, S. 398.

Durch die Ober- und Untergährung tritt bei der Gährung — fünfte Operation — ein weiterer Abgang ein, welchen man die Ober- und Niederhefe ꝛc. heißt.

Aus diesem Allen folgt nun, daß, nach chemischen Gesetzen, fürs Erste jeder Prozeß nur innerhalb einer gewissen, bestimmten Zeit vor sich gehen könne, daher, weil der Nachguß, da der Sutt durch das Gesetz zeitlich begrenzt ist, nicht mehr alle Stadien derselben durchlaufen könnte, der Kessel nur ein einziges Mal mit der Würze und dem Hopfen gefüllt werden dürfe, und daß fürs zweite die ursprüngliche Menge der Flüssigkeit aus verschiedenen chemischen Gründen einen namhaften Abgang erleidet.

Von diesen Prinzipien der Chemie ist die Vollzugsverordnung, um die Anwendung des Systemes der Erhebung auf den Grund einer Deklaration möglich zu machen, ausgegangen und stützt ganz allein sich auf dieselben. Auf den ersten Satz gründet sich die Verfügung, daß unter einem Biersutte das Brauen einer Quantität Bier verstanden werde, welche durch einmalige Füllung des Kessels, also ohne Nachsutt, erzeugt werden könne. Präziser, erschöpfender und deutlicher könnte diese Begriffsbestimmung fast gar nicht gefaßt werden. Wenn dieser Bestimmung nach gehandelt wird, so ist der chemische Prozeß der dritten Operation ordnungsmäßig vor sich gegangen; die Stoffe haben wechselseitig sich mitgetheilt und so eine neue Spezies (Bier) aus sich erzeugt. Jede Nachfüllung stört den Prozeß, die vollständige Entwickelung und chemische Vermischung der Stoffe, und macht somit die Entstehung einer klaren, gesunden und geschmackhaften Flüssigkeit unmöglich. Kein Biersutt, der Nachfüllungen erlitten hat, wird z. B. je vollständig klar werden, weil der in der Würze enthaltene Eiweisstoff nie vollständig gerinnen und sich niederschlagen kann.

Auf dem zweiten Satze beruht die Verfügung, daß jeder Biersutt mit 5 kr. von der Stütze Kesselinhalt zu versteuern sey.

Man hat nämlich berechnet, daß von der ursprünglichen Menge Flüssigkeit des Kesselinhaltes, bis sie Bier ist, etwas über 1/3 verloren gehe, und daher die Steuer auf 5 kr. statt 7 4/3 — wenn man nämlich den Kessel voll Bier hervorbringen könnte — festgesetzt. Diese Bestimmung ist auch — in so weit es durch eine Berechnung mit unbestimmten Faktoren möglich ist — richtig, faßt jedenfalls aber mehr den Vortheil der Steuerpflichtigen, als den der Steuerkasse ins Auge und steht mit dem Gesetze, womit 13 fl. Steuer vom Fuder Bier verlangt werden, in so fern ganz im Einklange.

Ein Bierbrauer mit einem Kessel, welcher 710 Maas oder 71 Stützen faßt, bezahlt 5 fl. 33 kr., und entrichtet damit eine Steuer für 455 Maas fertigen Bier, wenn nämlich 1000 Maas oder 100 Stützen (ein Fuder) 13 fl. kosten. Füllt er den Kessel einmal, so bekommt er wenigstens diese Quantität.

Betrachte man nun die in den Entscheidungsgründen der beiden Gerichte ausgesprochenen Grundsätze etwas näher:

Jene des Amtes sind augenfällig unrichtig. Dasselbe nimmt auf das Gesetz vom 14. Mai 1825, womit der Betrag der Bieraccise auf 13 fl. bestimmt ist, als wäre es gar nicht vorhanden, nicht nur gar keine Rücksicht, sondern hält die Vollzugsverordnung vom 12. Oktober 1837 allein für maßgebend, und selbst für ein Gesetz, behauptet daher von vornen herein, daß darin den Bräuern ausdrücklich gestattet sey, „den Kessel einmal mit Bier zu füllen," wovon aber darin keine Silbe steht.

Die Unrichtigkeit der Gründe des Gerichtshofes, obgleich auf der nämlichen Ansicht beruhend, ist nicht so leicht erkennbar.

Sie bestehen im Wesentlichen kurz in Folgendem:

Nach dem Gesetze soll die Abgabe vom fertigen Bier und nicht von der dazu nöthigen Flüssigkeit erhoben werden. Der Denunciat habe einen Sutt Bier von 7 Ohmen 1 Stütze zur Versteuerung deklarirt, und es falle ihm erst dann eine Defraudation zur Last, wenn er mehr als 7 Ohm 1 Stütze fertiges Bier gemacht habe. — Der Bräuer dürfe das Braugefäß voll Bier haben, und wenn die Steuer ihm niederer angesetzt worden sey, so wäre dieses nicht sein, sondern der Finanzbehörde Verschulden. Eine Defraudation bestehe in einer unrichtigen Deklaration oder in der Uebertretung einer Befugniß, welche hier nicht vorhanden sey.

Im Ganzen nimmt der Gerichtshof an, daß der Bier-

Digitized by Google

brauer den ganzen Kessel voll Bier — also im vorwürfigen Falle 7 Ohm eine Stütze Bier sieden und die betreffende Steuerbehörde davon, sohin in concreto den Betrag von 9 fl. 13⅓ kr. erheben könne.

Jenes ist dem Pflichtigen physisch, und dieses der Erhebungsbehörde gesetzlich unmöglich.

Aus der frühern Darstellung geht hervor, daß, nach chemischen Gesetzen, der Satz feststeht, daß ein Bierbrauer nie im Stande ist, im nämlichen Kessel, den ganzen Kesselinhalt voll Bier durch einen einzigen Sutt in der vorgeschriebenen Zeit zu erzeugen, auch selbst wenn er nachsiedet. Er muß mit den Nachfüllungen einmal aufhören und die letzte Portion Würzenachguß mit dem Hopfen kochen lassen, wobei noch ein Theil der Flüssigkeit sich verpflichtet. Es ist aber auch möglich und geschieht, daß ein Brauer, der ein schlechtes Bier sieden will, selbst nach Beendigung des Würzekochens — auch wenn nicht mehr unter dem Kessel gefeuert wird — denselben mit noch vorhandener Würze ganz voll macht, so daß sein Inhalt auf das Kühlschiff kommt. Aber auch in diesem Falle erleidet der Sutt, wie oben näher ausgeführt, in der vierten und fünften Operation noch einen beträchtlichen Abgang, der nicht unter ⅓ betragen wird.

Ein Richter, der in seinem Leben noch nie in einer Brauerei war, muß nach der Natur der Sache hier einsehen, daß es schlechtweg eine physische Unmöglichkeit ist, daß ein Brauer den Kessel voll fertiges Bier in Keller verbringen und verzapfen könne. Wäre es daher nicht eine Ungerechtigkeit und ein Widerspruch in sich selbst, wenn der Gesetzgeber einerseits vom Fuder Bier eine Konsumtionssteuer von 13 fl., andrerseits vom Pflichtigen verlangte, daß er seinen ganzen Kesselinhalt Bier, wie viel er niemals sieden kann, versteuern sollte — ? Hieße das, nach der obigen Berechnung, nicht ungefähr so: „du Bierbrauer bezahlst 13 fl. indirekte Abgabe vom Fuder Bier," und „du Bierbrauer bezahlst 16 oder 17 fl. indirekte Abgabe vom Fuder Bier."

Auf diese Ungereimtheit führt aber die Ansicht, daß der Brauer den ganzen Kessel voll Bier feetigen und die Steuererheberei auch davon — also 7⅓ kr. per Stütze — die Accise verlangen dürfe. Es würden hiernach immer circa 4 fl. ⅓ kr. mehr vom Fuder erhoben, als nach dem Gesetze vom 14. Mai 1825 erhoben werden darf. Anfänglich haben auch einige Obereinnehmereien diesen Betrag, aus Mißverständniß, verlangt. Allein nach einer hohen Verfügung vom Großherzoglichen Finanzministerium vom 18. Oktober 1825, Nr. 6,039 (Anz.Blt. des Dreisam-Kreises v. J. 1825, S. 993) mußte das zur Ungebühr Entrichtete per 3 fl. an die Betreffenden wieder herausbezahlt werden. Jetzt würde das zu viel Gefor-

derte, wie schon angedeutet, 4 fl. betragen — weil nach der alten Vollzugsverordnung der Abgang auf etwas mehr als ⅓, nach der neuen auf etwas mehr als ⅓ berechnet wurde. —

Die hiesigen Bierbrauer haben im verflossenen Jahre immer nach der Ansicht gebraut, daß sie befugt seyen, den ganzen Kessel Bier, weil sie, wie sie meinten, den ganzen Kesselinhalt (aber nicht Bier) versteuerten, zu sieden. Dessenungeachtet hat keiner je den Kessel voll Bier gehabt und erzeugt, selbst nach der Verkündung des amtlichen und hofgerichtlichen Urtheiles, welche auf die gleiche Ansicht sich stützen. Warum? Aus dem einfachen Grunde der Unmöglichkeit. Bierbrauer B. H. ist der stärkste dahier. In den beiden Monaten März und April sott er 16 Sütte: einen mit 595, einen mit 625,

einen mit	600,	„	„ 660,	„	„ 582,
„	„ 600,	„	„ 686,	„	„ 664,
„	„ 625,	„	„ 625,	„	„ 625,
„	„ 632,	„	„ 631,	„	„ 614,
„	„ 611 und	„	„ 601 Maas		

fertiges Bier. Sein Kessel mißt dagegen 710 Maas. Er hatte sonach im Durchschnitt jedesmal 617¼ Maas, also stets beiläufig ⅓ weniger, als der Kesselinhalt mißt, gebraut — ein klarer Beweis, daß es biertechnisch, wenn ich mich so ausdrücken kann, schlechterdings unmöglich ist, durch einen einzigen Sutt so viel Bier zu gewinnen, als das Braugefäß zu fassen vermag.

Wenn es nun physisch unmöglich ist — woran, wie mir scheint, fast Niemand mehr wird zweifeln können —, daß ein Bierbrauer, die Umstände mögen seyn wie sie wollen, und wenn er fort und fort nachgießt, den ganzen Kessel voll fertiges Bier — fertig ist es aber erst nach Vollendung der vierten und fünften Operation, nämlich des Kühlens der Würze und der Gährung — haben können, so wird man auch nicht mehr behaupten können, daß vom Steuerpflichtigen die Accise vom ganzen Kesselinhalt Bier, also von dem, der z. B. einen Kessel mit einem Fuder Inhalt hat, den Betrag von 13 fl. oder 7⅓ kr. für die Stütze durch die Steuerbehörde erhoben werden könne; diese ist vielmehr durch die Vollzugsverordnung angewiesen, nur von ⅔ des Kesselinhaltes Bier zu erheben, welches dadurch geschieht, daß der Bräuer 5 kr. vom ganzen Kesselinhalt entrichtet. Dies ist der einzige Maßstab für die Erhebungsstelle, nimmt man ihr diese aus den Händen, so verliert sie jede Kontrole, und der Unterschlagung sind Thür und Thor geöffnet, weil der Pflichtige dann versteuert was er will.

Fasse man hier noch einmal Gesetz und Vollzugsverordnung in das Auge. Jenes sagt deutlich:

Digitized by Google

„Vom Fuder Bier iſt eine Abgabe von dreizehn Gulden nach dem Keſſelinhalte zu entrichten,“

und dieſe eben ſo beſtimmt weiter:

„Jeder Bierſutt iſt mit 5 kr. von der Stütze Keſſelinhalt zu verſteuern. Unter einem Bierſutt wird das Brauen einer Quantität Bier verſtanden, welche durch einmalige Füllung des Keſſels, alſo ohne Nachſutt, erzeugt werden kann.“

Spricht nun das Geſetz nicht ganz klar den Satz aus, daß das Fuder Bier 13 fl. koſte, und die Vollzugsverordnung den weiteen, daß dieſe Abgabe ſo entrichtet werde, daß von der Stütze Keſſelinhalt 5 kr. erhoben, resp. bezahlt werden ſolle? Sie ſetzt die Art und Weiſe feſt, wie nach dem Syſteme der Erhebung nach Deklarationen die 13 fl. erhoben weeden können und ſollen, und hat die Wiſſenſchaft der Chemie zu ihrer Grundlage. Es iſt hiernach berechnet, daß deejenige Bräuer, welcher den Keſſel einmal mit den zur Erzeugung von Bier nothwendigen Eſſenzen anfüllet und 5 kr. per Stütze des Keſſelinhaltes entrichtet, verhältnißmäßig die Steuee von ſeinem Bier bezahlt, die das Geſetz feſtſetzt, nämlich 13 fl. vom Fuder Bier. Es wird z. B. ein Bräuer mit einem Keſſel von 1560 Maas oder 156 Stützen 13 fl. Acciſe bezahlen, nnd ſodann wenigſtens *ein Fuder*, ein Brauer mit einem Keſſel von 710 Maas oder 71 Stützen 5 fl. 55 kr. bezahlen und dafür wenigſtens 455 Maas Bier — nach dem Kühlen und der Gährung — erhalten haben.

Der hohe Gerichtshof ſagt wo anders:

„Die Verordnung vom 14. October 1837 konnte an den weſentlichen Beſtimmungen des Geſetzes nichts abändern, insbeſondere die Bierbrauer nicht verpflichten, auf eine weit unter dem Keſſelinhalt ſtehende Quantität Bier den Sutt zu beſchränken, was in derſelben wenigſtens nicht klar voegeſchieben iſt.“

Daß dieſe Beſcheänkung in derſelben enthalten liege, iſt, nach meiner Einſicht, nach Faſſung und Worte des §. 2 ſonnenklar ausgeſprochen; daß ſie eintreten *muß*, geht aus der obigen Entwicklung, nnd ſohin verordnungsmäßig eintreten *kann* aber aus der Nothwendigkeit hervor. Die Vollzugsverordnung ändert am Geſetze kein Jota. Sie *erhöht*, noch *vermindert* den Steuerbetrag. Eine *Abänderung* könnte aber nur in der *Erhöhung* oder *Erniedrigung* deſſelben beſtehen, ſondern ſie *vollzieht* das Geſetz dadnech, daß ſie vorſchreibt, daß der Bräuer nur *einmal* den Keſſel füllen dürfe und 5 kr. per Stütze Keſſelinhalt bezahlen müſſe. Man kann höchſtens tädelnd ſagen, daß die Vollzugsverordnung auf keiner mathematiſchen Gewißheit beruhe, den Bräuer an gewiſſe Regeln binde, eine beſtimmte Methode der Bierbereitung, wornach er den Keſſel auf *einmal* und nicht nach und nach, wie viele es gerne wollten, füllen ſolle, vorſchreibe, daß daher die Erhebaet in den Veekehr eingreife, veratoriſch ſey u. ſ. f., was auch in der Verhandlung der II. Kammer in der 104ten öffentlichen Sitzung vom 3. Juni v. J. von mehreren Seiten anerkannt wurde. Allein der Richter darf die Gründe oder die Zweckmäßigkeit eines Geſetzes nicht prüfen, ſondern dieſes auf den gegebenen Fall anwenden.

Uebrigens liegt in der Vollzugsveeordnung nebſt der Kontrole der löbliche Zweck, den jede Staatsregierung zu verfolgen hat, das Publikum vor Betrug und Krankheit, durch Kauf und Genuß von ſchlechtem Bier zu ſchützen.

Mir ſchien es bei dee Erwägung der Entſcheidungsgeünde, daß dieſelben die *Zweckmäßigkeit* der Veroednung beſtreiten, nimmer aber dir *Geſetzlichkeit* des Urtheils darthun.

Durch das hofgerichtliche Erkenntniß iſt ein großer Uebelſtand herbeigeführt worden. Auf den Grund deſſelben demonſtriren die Bräuer, und ganz folgerichtig jetzt ſo:

Wenn eineeſeits wie den Keſſel voll Bier machen dürfen, und andreeſeits die Obereinnehmeeei veerordnungsmäßig blos 5 kr. von der Stütze Keſſelinhalt erheben darf, ſo bezahlen wir auch nicht mehe, als gerade dieſen Betrag, alſo der Bräuee mit einem Keſſel von einem Fuder 8 fl. 20 kr., ein anderer mit einem Keſſel von 71 Stützen 5 fl. 55 kr., ohne alle Rückſicht darauf, wie viel mehr Bier ſie empfiengen, als ſie nach dem geſetzlichen Maßſtabe verſteueeten. Der hieſige Brauer B. H. hat im verfloſſenen Jahee 19 Fuder 75 Maas Bier mehr gebraut, als er veracciste, weswegen nun die Steuererhebung nachträglich noch 248 fl. verlangt und die Sache jetzt bereits bei höherer Stelle anhängig iſt. Dieſe kann natüelich nur, in Bezug auf die zu zahlende Acciſe, das Schuldig ausſprechen. Wenn ſie die Bierbrauer aber ſchuldig findet, ſo haben ſie defraudirt. Dann ſtehen ſich das Hofgericht und die höchſte Steuerbehörde widerſprechend einander gegenüber.

So kann der Stand der Sache nicht lange bleiben. Würde die Anſicht des Großherzoglichen Hofgerichtes des Oberrheinkeiſes von den drei übrigen Gerichtshöfen getheilt ſeyn, ſo erwüchſe der Staatskaſſe auf die ungeeechteſte Weiſe ein großee, ungeheurer Schade. — Man kann aber annehmen, daß, wenn der Fall im Collegium wieder vorkömmt, die Sache nochmals erwogen und die richtige Anſicht Platz greifen wird. Andernfalls würde die hohe Regierung auch von dieſer Seite her veranlaßt ſeyn, über die Bieracciſe einen neuen Geſetzentwurf den Ständen vorzulegen.

Ich will nun verſuchen, der Ueberſicht wegen die Hauptmomente der Abhandlung in wenigen Sätzen herauszuhe-

Digitized by Google

den und dann mit einer Frage schließen, worin ich das eigentliche crux dieser Materie zu finden vermeinte.

1) Die Erhebung indirekter Abgaben auf den Grund vorausgegangener Deklaration, und nicht auf Erfund oder Revision, ist bei uns allgemeine Regel, und daher auch bei Erhebung von Bieraccise vorgeschrieben;

2) hier aber aus dem Grunde besondern Schwierigkeiten unterworfen, weil die zu versteuernde Sache, selbst nach der Versteuerung, noch gar nicht existiet, sondern erst durch einen chemischen Prozeß erzeugt werden muß, ihr Umfang sohin nicht in mathematisch bestimmte Grenzen eingeschlossen werden kann.

3) Dies Erhebungssystem kann daher nur auf allgemeine Gründe der Chemie und der Erfahrung in der Bierbrauerei gebaut werden.

4) Nach denselben kann Bier nur durch einen chemischen Prozeß entstehen. Ein solcher ist aber in seiner Entwickelung, wenn alle übrigen Bedingungen ordnungsmäßig vorhanden sind, an eine gewisse, festbestimmte Zeit gebunden, ohne deren Ablauf er nicht vollendet werden kann. Die vom Gesetze anberaumte Zeit umfaßt die zweite und dritte Operation der Bierbereitung, nämlich die beiden chemischen Prozesse der Würzezubereitung und des Würzesiedens. Ist der Erstere, wodurch die Möglichkeit des Letztern nothwendig bedingt ist, vorüber, so kann dieser, innerhalb jener zeitlichen Schranken, seinen Kreislauf nur einmal vollenden, nur ein Sutt Bier entstehen, und der Kessel daher auch nur einmal gefüllt werden. Andernfalls können die nachgefüllten Theile mit dem Hopfen vollständig sich nicht mehr amalgamiren, theilweise bleiben daher Würze und unreif. —

Der natürliche Abgang in den drei letzten Operationen beträgt etwas mehr, als 1/2 des Kesselraumes. Hieraus folgen nun von selbst die Bestimmungen:

5) Wenn ein Fuder Bier 13 fl. bezahlt, 5 kr. auf die Stütze Bierberritungstoffs Kesselinhalt fallen; daß endlich

6) ein Sutt Bier diejenige Quantität Bier ist, welche durch einmalige Füllung des Kessels — mit den zur Biererezeugung erforderlichen Essenzien hervorgebracht werden kann, und

8) jede noch stattfindende Nachfüllung, ein Nachsutt, daher verboten, und die Uebertretung des Verbotes eine Defraudation sey, weil mehr Bier gewonnen wird, als veraccist wurde.

Frage:

Das Gesetz vom 14. Mai 1825 bestimmt die Abgabe vom Bier auf 13 fl. vom Fuder.

Die Vollzugsverordnung vom 22. September gl. J., wo dergleichen Vergehen noch polizeilich abgewandelt wurden,*) setzt die Strafe der Defraudation fest.

Die Vollzugsverordnung vom 12. Oktober 1837 ist vom großherzoglichen Finanzministerium erlassen und ändert an der frühern in dieser Beziehung gar nichts, sondern in derselben ist vielmehr im §. 2 u. 15 eben sowohl der Thatbestand einer Defraudation bestimmt, als auch die Strafe derselben angedroht.

Jetzt werden Defraudationen aller Art gerichtlich untersucht und abgeurtheilt.

Nach unserer Verfassung binden den Richter nur Gesetze, Bestimmungen, welche von der hohen Regierung unter Zustimmung der Kammer erlassen wurden.

Ein Bierbrauer hat einen Sutt Bier ohne einen Schein heimlicherweise aktenmäßig gesotten. Ein Hofgericht hat in zweiter Instanz zu entscheiden. —

Auf den Grund welchen Gesetzes erläßt der Gerichtshof das Straferkenntniß? nulla poena sine lege.†)

F. Jos. Müller.

*) Auch damals gieng in dritter Instanz der Recurs an das Oberhofgericht. Die Red.

II.

Curiosum.

Ein Bezirksamt erstattete, zur Erwirkung der Freilassung eines Inkulpaten aus dem Untersuchungsverhaft, an das betreffenden Hofgericht einen Bericht von 2 1/2 Bogen, der wörtlich so beginnt:

„Jedes vernünftige Thier, als Geschöpf der freien Natur, ist in seinem Käfig (Zwinger) oder an der Kette wahrhaft zu bedauern; es steht der Mensch, der Philosoph, mit Mitleiden vor solchen menschlich erfundenen, sogar zur Unterhaltung, Ergötzung, Annehmlichkeit und Freude eingeführten Anstalten: weit ernster wird die Betrachtung, wenn das edelste Geschöpf, der Mensch! seiner natürlichen Freiheit, — (durch Einsperrung) beraubt ist. Der ernstliche Gedanke, das ernstliche Urtheil ruht auf der höchsten Vernunft (resp. Tiefe); es kann daher nur der Grund der Einsperrung eines Menschen, also der Staatszweck, die Ueberlieferung eines Menschen an die Gerechtigkeit, welcher gegen die bürgerliche Gesellschaft, gegen die heilige Bande derselben sich versündigt hat, der Verbrecher und die gerichtliche Untersuchung mit der möglichsten Beachtung der Menschenrechte in Erwägung gezogen werden, mit Beseitigung aller dichterischen Floskeln und Superliberalismaten.

Bei der Captur ist jeder Untersuchungsrichter vorsichtig, und der Genius einer systematischen, gründlichen Gesetzgebung wird doch hoffentlich in Bälde die Strafprozeßordnung (peinliche Gerichtsordnung) vor Allem erscheinen lassen."

Es war einmal ein Männlein und ein Weiblein.

†) Die Accisordnung von 1812 (also nach der damaligen Verfassung ein Gesetz) hat schon die Defraudationsstrafen festgesetzt, und wenn nun auch das Gesetz vom 14. Mai 1825 die Bestimmungen über die Accise selbst änderte, so blieben doch die alten Strafandrohungen für den Fall, daß die nach dem neuen Gesetz nun anders zu entrichtende Accise defraudirt werde, in Kraft. Auf diese Basis hin konnte die Regierung diese Strafandrohungen auch in die Vollzugsverordnung vom 22. September 1825 und vom 12. October 1837 aufnehmen. Die R d.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 16. Karlsruhe den 17. April 1841.

I.

A. Mehrere Entscheidungen des Oberhofgerichts und des unterrheinischen Hofgerichts, das Wohnungsrecht betr.

B. Eidesdelation über Behändigungen.

1. (Fiscus gegen Leibfried. Petitorium.)

Dieser, zuerst in possessorio entschiedene Prozeß, von welchem bereits in den Annalen 1840 Nro. 4 die Sprache war, hat unter anderm die Frage zur Entscheidung dargeboten, ob der Wohnungsberechtigte, der eine andere Wohnung bezieht und das Local, auf welchem seine Gerechtigkeit ruht, verläßt, den Gebrauch des letzteren dem Eigenthümer überlassen müsse, oder ob er berechtiget sey, die verlassenen Zimmer zu verschließen, bis es ihm wieder beliebt, dieselben als Wohnung für sich zu benutzen. Das Hofgericht des Unterrheinkreises hat schon im Besitzprozesse diese Frage zum Nachtheil des Wohnungsberechtigten entschieden, das Urtheil wurde jedoch vom Oberhofgericht reformirt.

Die sofort erhobene petitorische Klage brachte die nämliche Frage abermals zur Entscheidung, und das gedachte Hofgericht beharrte auf seiner früheren Ansicht, worauf auch das Oberhofgericht derselben beigetreten ist.

Folgende Entscheidungsgründe des Hofgerichts besagen das Nähere.

Durch den letzten Willen der Katharine Elisabetha Bebaghel zu Mannheim wurde der — damals noch ledigen — Ehefrau des Beklagten

„der unentgeldliche auf zwei Zimmer beschränkte lebenslängliche Wohnsitz in dem Hause O. 2. Nr. 3 dahier"

vermacht.

Der Großherzogliche Fiscus, als nunmehriger Eigenthümer des gedachten Hauses behauptet in einer gegen die Dienstberechtigte erhobenen Klage, daß diese eine andere Wohnung bezogen habe, und daß ihr für die Dauer der Bewohnung eines andern Hauses keine Verfügungsgewalt über die betreffenden Zimmer zustehe, vielmehr dem Eigenthümer deren Gebrauch überlassen werden müsse. Da sie sich aber dem ungeachtet den Gebrauch durch Aufbewahrung von Fahrnissen und durch Verschließung der in Besitz genommenen Zimmer anmaße, so wird in der Klage das Hauptbegehren dahin gestellt:

„die Beklagte anzuhalten, die Fahrnisse zu entfernen und dem Eigenthümer die Schlüssel zum Gebrauche der Zimmer zu übergeben."

Der Unterrichter hat zu Gunsten des Klägers entschieden, jedoch den Beklagten ihre Rechte für den Fall vorbehalten, daß sie ihre Hauptniederlassung in dem Hause O. 2 Nr. 3 nehmen wolle. Die hiergegen eingewendete Berufung ist ungegründet.

Der Beklagten wurde die angeführte Stelle des Bebaghelschen Testaments unzweifelhaft diejenige persönliche Dienstgerechtigkeit legirt, welche unser Landrecht als Dienstgerechtigkeit der „Wohnung bezeichnet und diese besteht eben so unzweifelhaft in der Befugniß, das Bedürfniß des Wohnens in einem bestimmten Hause zu befriedigen, nicht aber darin: ein Haus oder einen Theil desselben nach Willkühr zu benutzen, denn das Recht der Wohnung ist sehr wesentlich verschieden von dem Recht der Nutznießung an einem Hause. Der Nutznießer kann nämlich jeden beliebigen Gebrauch von dem Gebäude entweder selbst machen oder einem andern überlassen. Der Wohnungsberechtigte dagegen ist auf einen bestimmten einzelnen Gebrauch auf das Bewohnen hingewiesen, und dieser Gebrauch steht ihm nur als ein höchst persönliches Recht zu, indem er es an Niemand anderes übertragen darf. Daß unser Gesetzbuch diesen schon im römischen Recht enthaltenen Unterschied zwischen Nießbrauch und Wohnungsrecht an einem Hause anerkennt und insbesondere jede Abtretung des letzteren verbietet, ergibt sich deutlich aus L.R.S. 624 vergl. mit Satz 625 ff.

Siehe auch l. 5 T. 2. 5.

Aus der Natur eines jeden Rechts folgt nun zwar, daß es dem Inhaber frei steht, dasselbe auszuüben oder nicht,

Digitized by Google

und aus der Natur einer Dienstbarkeit folgt insbesondere, daß der Berechtigte alles unternehmen darf, was erforderlich ist, um die Dienstbarkeit auszuüben,

L.R.S. 696. 697.

weßhalb der Inhaber einer Wohnung solche mit Möbeln versehen und verschließen darf, wie es zum Wohnen nöthig ist, allein es ist auf der andern Seite eben so gewiß, daß

1) der Berechtigte keinen andern Gebrauch sich anmaßen darf, als ihm bewilligt wurde, und daß namentlich diejenigen Rechte, welche zufolge der L.R.S. 696 und 697 in einer Dienstbarkeit als Nebensache oder als Mittel zum Zweck enthalten sind, mit der Hauptsache aufhören oder ruhen, und daß sie nicht als selbstständige Rechte ausgeübt werden dürfen.

Wer z. B. das Recht hat, Wasser zu schöpfen, darf auch über das dienstbare Grundstück **gehen**. Wenn jedoch die Hauptdienstbarkeit aus irgend einem Grunde aufhört, oder nur für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit **ruht**, so existirt für diese Zeit auch kein Recht, über das Grundstück zu gehen, weil sonst das Gehen nicht mehr als Mittel zur Ausübung einer andern Servitut erscheinen würde.

Vergl. Rogron und Paillet Code civil ad art. 696.

Wenn also im Falle der Wohnungsgerechtigkeit der Inhaber von dem Wohnen selbst keinen Gebrauch macht, wenn er namentlich das Bedürfniß zu wohnen, in einem anderen Hause befriediget, folglich die Wohnung in dem dienstbaren Hause, d. h. die Ausübung seines Rechts für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit faktisch aufgegeben hat, so ist das Aufbewahren von Fahrnissen in der verlassenen Wohnung und das Verschließen derselben nicht mehr ein Mittel zum Zwecke, d. h. zum Gebrauch des Hauses als Wohnung, sondern es wird eine selbstständige Gebrauchsart, indem das Lokale nicht als Wohnung, sondern als eine Aufbewahrungsanstalt benutzt wird. Da dieser Gebrauch ein **anderer** ist, so darf er nach den obigen Grundsätzen nicht ohne die Hauptsache ausgeübt werden. Es ist zwar allerdings das Minus des Wohnens, und insofern in dem Majus enthalten, wie jede Nebensache in der Hauptsache, allein gerade deßhalb, weil hier das Minus zugleich den Charakter eines Accessorium hat, kann es ohne die Hauptsache nicht fortbestehen, oder ausgeübt werden.

Hieraus folgt unzweifelhaft, daß es der Beklagten zwar zu jeder Zeit frei steht, in dem Hause O. 2 Nr. 3 zu wohnen, d. h. ihre Hauptniederlassung dahin zu verlegen, allein so lange dieses nicht geschieht und so lange sie ein anderes Haus bewohnt, **ruht** die Ausübung ihres Rechts und damit auch alle Accessorien desselben, weßhalb sie es auf keine Weise benutzen darf. Es würde ja sonst ihre Befugniß nicht mehr ein **Wohnungsrecht**, sondern ein **Nutzungs-** oder Nutznießungsrecht seyn.

2) Der Verzicht auf eine Dienstbarkeit hat unbestreitbar die Folge, daß nunmehr die von dem Eigenthum getrennt gewesenen Rechte auf den Eigenthümer zurückfallen. Was von dem Verzicht auf das **Recht selbst** gilt, muß auch auf die **Ausübung** desselben angewendet werden. Wer also, wenn auch nicht auf das Recht selbst, aber auf die **Ausübung** desselben für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit verzichtet, überläßt dadurch den Gebrauch dem Eigenthümer.

Wer z. B. das Recht der Waide hat, und davon keinen Gebrauch macht, kann dem Eigenthümer sicherlich nicht verwehren, die Waide zu seinem Vortheil zu benutzen und eben so wenig kann der Wohnungsberechtigte, wenn er ein anderes Haus zur Wohnung bezieht, dem Eigenthümer wehren, nunmehr das verlassene Lokale für sich zu benutzen, zumal der Wohnungsinhaber nicht einmal befugt ist, sein Recht einem **Andern** als dem Eigenthümer zu überlassen.

Derjenige, welcher ein Wohnungsrecht gestattet, hat offenbar nur ein rein persönliches Bedürfniß des Anderen vor Augen, und es wäre daher gegen dessen Absicht, dem Eigenthümer trotz der faktischen Erklärung des Berechtigten, daß er von seiner Erlaubniß keinen Gebrauch machen wolle und der Wohnung für seine **Person** nicht bedürfe, die Thüre verschließen zu lassen.

Der Beklagte hat zwar unter Bezug auf L.R.S. 628 eingewendet, daß da, wo das Recht der Wohnung durch den Titel bestimmt sey, auf das Bedürfniß gar nichts ankomme, allein es ist dort lediglich von dem Umfange des Wohnungsrechts, beziehungsweise des dazu nöthigen Lokals die Sprache, und es ist allerdings ganz richtig, daß da, wo der Rechtstitel bestimmt, in welchem Umfange Jemand ein Wohnungsrecht ausüben dürfe, das jeweilige geringere Bedürfniß des Inhabers keine Beschränkung gestattet. Hier handelt es sich jedoch um eine ganz andere Frage, als um die Bestimmung der Größe des Lokals, wie sich aus dem Bisherigen zur Genüge ergibt.

Diese Gründe finden auch ihre volle Bestätigung in

l. 2, 4, 8, 22. D. h. t. 7, 8.

und in

Proudhon traité de l'usufruit.

III. B. Nr. 2815, 2830,

sowie endlich in der allgemeinen Regel, daß Servituten zu Gunsten des Eigenthümers auf das strengste auszulegen sind.

Auf die hiergegen ergriffene Obrrapellation wurde das hofgerichtliche Urtheil unter Adoption der Entscheidungsgründe bestätiget.

Digitized by Google

II. Müller gegen Müller.

In diesem Prozesse handelte es sich um die Befugniß des Wohnungsberechtigten, andere Personen zu sich in die Wohnung aufzunehmen.

Das Nähere ergibt sich aus folgendem Auszug der Entscheidungsgründe:

Der Andreas Müller Wittwe steht unbestritten das Wohnungsrecht in zwei Zimmern des zur Gantmasse ihres verstorbenen Sohnes gehörigen Hauses zu, und der gegenwärtige Streit hat die Frage zum Gegenstand, ob die Wittwe und Kinder des Valentin Müller, also die Schwiegertochter resp. Enkel der Wohnungsberechtigten sich in jenen, dem Wohnungsrecht unterworfenen zwei Zimmern aufhalten dürfen oder nicht? Die Wohnungsberechtigte selbst hat sie dahin aufgenommen, allein die Gantmasse hat durch den Gläubiger-Ausschuß verlangt, daß die cridarische Wittwe nebst ihren Kindern aus der Mühle überhaupt und selbst auch aus der Wohnung der Andreas Müllers Wittwe ausgewiesen werden sollen, als sie sich dahin zurückgezogen hatten.

Dieses Begehren ist in Rechten nicht begründet.

Es ist zwar allerdings richtig, daß der Valentin Müllers Wittwe und ihren Kindern kein Wohnungsrecht zusteht, wie denn auch von denselben ein solches Recht nicht geltend gemacht wird, allein es handelt sich, wie schon bemerkt, um die Frage, ob nicht die Andreas Müllers Wittwe kraft des ihr zustehenden Wohnungsrechts befugt sey, auch ihre Schwiegertochter die betreffende Lokalität mitbewohnen zu lassen.

Diese Frage hat der Unterrichter auf den Grund des L.R.S. 632 verneint, weil diese aufgenommenen Personen nicht zu der Familie der Wohnungsberechtigten zu zählen seyen. Es ist jedoch

1) diese Behauptung schon an und für sich nicht richtig, weil so nahe und in absteigender Linie verwandte Personen, die im Falle der Dürftigkeit sogar in Folge gesetzlicher Bestimmungen von der Appellantin in ihre Wohnung aufgenommen werden müssen (S. 206—210) auch bei der Auslegung des L.R.S. 632 zu der Familie des Wohnungsberechtigten gezählt werden müssen. Es findet aber auch

2) abgesehen hievon der L.R.S. 632 hier gar keine Anwendung.

Das Gesetz unterscheidet bei der Bestimmung der Wohnungsgerechtigkeit ausdrücklich zwei Fälle, nämlich den, wo der Umfang der Wohnungsgerechtigkeit durch den Rechtstitel bestimmt ist, und wo dieses nicht geschah. S. 628. 629.

Im letzteren Falle nun müssen bei der Beurtheilung des Umfangs der Localität, welche dem Berechtigten einzuräumen ist, diejenigen Regeln entscheiden, welche dem Satz 629 nachfolgen und darunter gehört auch die im L.R.S. 632 enthaltene Norm, zufolge welcher die Ausmittelung des bedürftigen Lokals nur die zur Familie gehörigen Personen in Anschlag kommen dürfen.

Wenn aber, wie es hier der Fall ist, der Umfang schon durch den Rechtstitel bestimmt ist, so kann von der Anwendung des L.R.S. 632 keine Rede mehr seyn, sondern es ist nur noch zu untersuchen, ob der Gebrauch, welchen der Wohnungsberechtigte von seinem Rechte macht, nicht den Regeln widerspreche, nach welchen ein guter Hauswirth handelt (S. 627), oder ob nicht eine, dem Satz 634 entgegenlaufende Veräußerung, beziehungsweise Uebertragung an andere darin liege.

Mit den Pflichten eines guten Hauswirthes steht es nun keineswegs im Widerspruch, andere Personen als Gäste zu sich aufzunehmen, zumal Personen, die den Wohnungsberechtigten so nahe berühren, und es liegt hierin auch keine Uebertragung des Rechts auf Andere, weil diesen nur ein ganz precärer von dem guten Willen des Berechtigten abhängigen Aufenthalt gestattet ist, welcher kein Recht genannt werden kann.

Schon die römischen Gesetze haben dem Wohnungsberechtigten diese Befugniß gestattet, jedoch natürlich nur in so lange, als der Berechtigte selbst von seinem Rechte Gebrauch macht, d. h. in dem Hause, wo er sein Wohnungsrecht genießt, wohnt, weil mit dessen Verlassen die Gebrauchsbefugniß auf den Eigenthümer übergeht.

l. 2. I. de usu et habit. 2. 5.
l. 2. 3. 4. 8. D. h. 1. 7. 8.

Die Anwendung dieser Grundsätze ist den Bestimmungen des Landrechts eben so wenig, als der Natur der Sache entgegen,

Brauer's Erläuterungen, I. Bd. 502.

und zwar um so weniger, als schon in erster Instanz erklärt wurde, daß die Schwiegertochter an die Stelle einer Magd von ihrer Schwiegermutter aufgenommen wurde, und dem Wohnungsberechtigten in keinem Falle die Erlaubniß versagt werden kann, Personen aufzunehmen, die sie zu ihrer täglichen Bedienung bedarf, und welche jeder gute Hauswirth bei sich aufnimmt.

III. Ridinger gegen Diemer.

Der Kläger hatte unter Vorbehalt der Nutznießung ein Haus an den Beklagten verschenkt, und war in der Folge veranlaßt, diese Nutznießung klagend gegen den Schenknehmer zu verfolgen. In der Beweisinstanz hat der Kläger selbst behauptet, daß die Schenkung ungültig sei — verlangte auch in einem andern Prozesse, während welchem der Streit über die Nutznießung ruhte, die Umstoßung jener Schenkung, wurde aber mit dieser Klage abgewiesen, worauf der frühere Prozeß fortgesetzt wurde. Der Unterrichter

Digitized by Google

wies den Kläger ab, weil er seinen eigenen Titel für ungültig erklärt habe.

Außer diesem Punkte kam noch die Einrede des Verzichts auf die Nutznießung zur Sprache, worüber folgende Entscheidungsgründe das Nähere enthalten:

a. Der Klage wurde entgegnet:

„daß der Kläger nicht mehr Nutznießung in Anspruch nehmen könne, als er für sich bedürfe, und habe dieß auch „ausdrücklich dem Beklagten versprochen und namentlich die „Zusicherung gegeben, daß er nur einige Zimmer im obern „Stock verlangen wolle, das Uebrige aber könne der Be„klagte für sich benutzen."

Nach der nunmehr vollständig abgegebenen Einlassung soll aus der angeführten Thatsache eine Erlöschung des Rechts der Nutznießung unter Vorbehalt eines darin begriffenen geringeren Rechts, nämlich des Rechts der Wohnung folgen. Es kann aber diese Einrede nicht als gegründet erachtet werden, indem in den angeführten Umständen nicht die Erforderniß einer wirklichen, den Kläger bindenden Uebereinkunft liegen.

Eine solche Uebereinkunft wäre nämlich nichts anderes, als ein auf unentgeldlichem Titel beruhender Verzicht auf das Nutznießungsrecht, und sie ist daher aus doppeltem Grunde aufs strengste und im Zweifel zum Vortheil des Klägers auszulegen.

Aus der angeführten Zusicherung folgt nun keineswegs mit Nothwendigkeit, daß der Kläger die Absicht hatte, rechtsverbindlich und für immer auf sein Recht sowohl gegen den Beklagten, als gegen jeden Dritten zu verzichten. Jene Zusage kann eben so gut dahin verstanden werden, daß der Kläger den Beklagten für seine Person und Familie verstatten wolle, das Haus mit dem Kläger zu bewohnen, obwohl das Recht zur Bewohnung dem Letzteren kraft der vorbehaltenen Nutznießung ganz allein zusteht.

Eine solche Zusicherung begründet weder auf der einen Seite einen Verzicht, noch auf der andern Seite ein Recht, sondern nur eine prekäre, dem Widerruf unterworfene Gebrauchsgestattung, wie dann derartige Fälle im gewöhnlichen Leben täglich auf die Weise vorkommen, daß Jemand einem Andern die Benutzung bestimmter Lokalitäten überläßt oder ihn in seine Wohnung aufnimmt, ohne daß es weder dem einen noch dem andern beifällt, ein Recht daraus zu machen, beziehungsweise ein solches zu verwilligen oder gar auf sein eigenes zu verzichten.

Brauer's Erläuterungen, VI. Bd. S. 73.

Der Umstand, daß der Beklagte Eigenthümer des Hauses ist, ändert an der Sache nichts, denn da das Gebrauchsrecht dem Kläger allein zustand, konnte der Beklagte so gut wie ein Anderer in diesem Hause ein prekäres Aufenthaltsrecht genießen, so lange die Nutznießung des Klägers dauert.

Da nun die dem Kläger günstige Auslegung vorzuziehen ist, so kann die angeführte Zusicherung des Klägers nur in dem letzteren Sinne verstanden, d. h. es kann die Behauptung des Beklagten, daß aus den von ihm einredend vorgebrachten Umständen ein Verzicht folge, nicht als ein richtiger Schluß angesehen werden, und es kommt sofort auf deren Beweis nichts an.

b. Der Kläger hat in der Beweisinstanz die Erklärung abgegeben, daß die Schenkungsurkunden, in welchen zugleich der Vorbehalt seiner Nutznießung enthalten ist, ungültig seien. Der Zweck dieser Erklärung war, darzuthun, daß dem Kläger nicht blos eine Nutznießung, sondern das Eigenthum selbst zustehe, indem er solches nicht rechtsgültig veräußert habe.

Nimmt man nun diese Behauptung in dem gegenwärtigen Prozesse als richtig an, so folgt daraus nichts anderes, als daß 1) der Kläger weniger Rechte geltend gemacht hat, als ihm in Folge der Richtigkeit der Schenkung zustehen würden, nämlich nicht blos eine Nutznießung, sondern das Eigenthum selbst, und daß 2) dem Beklagten kein Eigenthumsrecht an dem im Streit befangenen Hause, somit auch aus diesem Grunde kein den Kläger beschränkendes Gebrauchsrecht zukommt; 3) keineswegs aber kann aus dieser Erklärung der vom Unterrichter aufgestellte Schluß gezogen werden, daß der Kläger auf seine Klage verzichtet habe. Die Intention des Klägers bleibt stets die, sich den ungestörten Genuß des Hauses gegenüber von dem Beklagten zu verschaffen, und wenn der Kläger in der Beweisinstanz, bis wohin er als Nutznießer klagte, sich als Eigenthümer wegen Richtigkeit der vorliegenden Schenkungen darstellen wollte, so läßt sich nur behaupten, daß er damit eine Klagänderung versucht habe, ohne sich deutlich darüber auszusprechen, ob er die frühere Klage durch Verzicht fallen oder deren Verhandlung ruhen lassen wolle. §. 346 der P.O.

Anlangend den Beweis der Klage, so sind eines Theils die den Klaggrund bildenden Thatsachen völlig zugestanden, andern Theils die zu diesem Behufe vorgelegten Urkunden von dem Beklagten als ächt anerkannt, und sie bewahrheiten den Grund der Klage vollständig. Da ihre Ungültigkeit, wie bereits gezeigt wurde, selbst wenn sie von dem Beklagten wäre vorgeschützt worden, wie der Kläger voraussetzte, der Klage nicht entgegenstehen, sondern nur ein noch größeres Recht des Klägers zur Folge haben würde, nämlich das Eigenthumsrecht, welches die unbeschränkte Benutzung von selbst in sich begreift, so kann der Umstand, daß der Kläger selbst ihre Ungültigkeit behauptet hat, der Klage um so weniger entgegen stehen, als

Digitized by Google

hier nicht eine Schenkung, sondern der von dem Eigenthümer gemachte Vorbehalt bei der Veräußerung des Eigenthumsrechts bewiesen werden soll.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

IV. Sauer gegen Schmitt.

Die nachstehenden Entscheidungsgründe enthalten das Faktum und die Rechtsanwendung.

Die Ehefrau des Beklagten hat in ihrem früheren Wittwenstande an den Kläger ein Haus verkauft und sich das Wohnungsrecht darin vorbehalten.

Nach dem Gesetze darf eine wohnungsberechtigte Wittwe, wenn sie sich wieder verheirathet, auch ihren Ehemann in die Wohnung aufnehmen. L.R.S. 632.

l. 4. D. de usu et hab. 7. 8.

Proudhon traite de l'usufruit. III. Bd. Nr. 2812 u. 13.

Diese Befugniß war jedoch nach dem Inhalt des Kaufvertrags aufgehoben und die Beendigung des Wittwenstandes als ein Endziel des Wohnungsrechtes festgesetzt.

Wenn nun der Beklagte gegen die auf Räumung des Hauses erhobene Klage unter Bezug auf den Akt vom 1. März 1832 behauptet, es sei bei der zweiten Verehelichung der Wohnungsberechtigten ein neuer Vertrag abgeschlossen und beiden Eheleuten das Wohnungsrecht verstattet worden, so liegt in dieser Thatsache jedenfalls die Behauptung einer Abänderung derjenigen Bestimmung, zufolge welcher das schon bestehende Wohnungsrecht der Ehefrau des Beklagten mit der Wiederverehelichung aufhören soll, und dieß genügt, um den Antrag des Klägers auf Ausweisung des Beklagten als vorweeflich darzustellen, ohne daß es noch weiter auf die Frage ankäme, ob ein neues Wohnungsrecht zu Gunsten des Ehemannes constituirt worden sei und ob dieser Vertrag zu Recht bestehe, denn es würde durch jene Zusicherung mindestens der gesetzliche Umfang des Wohnungsrechtes der Ehefrau, d. h. ihre Befugniß, sich auch verheirathet in der Wohnung aufzuhalten, hergestellt, beziehungsweise die beschränkende Clausel aufgehoben und zu dieser Modification des Vertrags vom 7. Juli 1831 waren keine besonderen Formalitäten nothwendig. (Klägerischer Seits wurde behauptet, der angeführte Vertrag sei eine Schenkung und wegen Mangels der Form nichtig.)

Es folgt nämlich aus der vom Beklagten behaupteten Verabredung, daß ihm mindestens verstattet wurde, an dem Wohnungsrecht seiner Ehefrau Theil zu nehmen, und es ist die Klage auch dann ungegründet, wenn man annimmt, daß dem Beklagten für seine Person kein Recht zu wohnen zukomme, weßhalb dieses zu untersuchen nicht nöthig ist.

ad B. In dem unter Nr. III. erwähnten Rechtsfalle kam auch die Frage zur Entscheidung: ob dem Appellanten ein Eid darüber zugeschoben werden könne, ob ihm nicht das Urtheil, gegen welches er appellirt, in dieser oder jener Zeit zugestellt worden sei. Es fehlte nämlich an einer Bescheinigung des Gerichtsboten über eine Zustellung des Urtheils, welche nach Angabe des Appellaten geraume Zeit vor der Appellationsanzeige an den Appellanten geschehen seyn soll, und der Appellat griff deßhalb zu dem Beweismittel der Eideszuschiebung.

Das unterrheinische Hofgericht hielt dieses Beweismittel nicht für zulässig, „weil der §. 269 der Pr. O genau vorschreibt, wie die Zustellung der richterlichen Beschlüsse beurkundet werden soll, ohne hiebei einer andern Art von Beweismittel zu gedenken. Die allgemeinen landrechtlichen Bestimmungen über den Beweis sind hier nicht anwendbar, weil sie nur für Rechte und Verbindlichkeiten, für deren Entstehen und Erlöschen, nicht aber für prozessualische Handlungen gegeben sind, deren Beurkundungsform lediglich nach den Vorschriften der Pr. O. zu beurtheilen ist."

Schon im gemeinen Prozeßrecht galt der Grundsatz, daß die Bescheinigung der Zustellung mit Gewißheit sich aus den Akten ergeben müsse.

Gensler's Commentar, §. 106.

Die Insinuationsbescheinigung ist ein Aktenstück über die Thätigkeit einer Nebenperson des Gerichts (Martin, §. 69). Für den Fall, daß ein solches Aktenstück verloren geht, können die Akten nach bestimmten Regeln durch Editionsklagen ergänzt werden, aber von der Idee, daß eine Aktenergänzung durch Eideszuschiebung über den angeblichen Inhalt derselben geschehen könne, findet man nirgends eine Spur.

§. 786. Abs. 4 der P.O. Martin, § 303. Klaproth, §. 50.

Noch weit weniger kann der Akt selbst, ohne der Behauptung, daß ein Aktenstück darüber je existirt habe, durch Eideszuschiebung bewiesen werden.

Der Eid könnte nur darüber zugeschoben werden, ob die Gegenpartei nicht ein Papier, auf welchem das angebliche Urtheil geschrieben gewesen sei, erhalten habe; allein es kommt hierauf nicht allein, sondern wesentlich auf die Formen an, in welchen die Zustellung bewirkt worden ist. Dieselbe muß

1) von einem verpflichteten Gerichtsboten geschehen. §. 267 der P.O. Andere Zustellungen braucht eine Partei als außergerichtliche Notizen gar nicht zu berücksichtigen.

Soll nun auch der Beweis, durch wen die Insinuation geschah, durch Eideszuschiebung geführt werden? Niemand ist verpflichtet, die Gerichtsboten des Landes persönlich zu kennen, und es wäre in der That absurd, Jemandem die Zumuthung zu machen, er müsse schwören, ob nicht der Zusteller ein Gerichtsbote gewesen sei, ob er nicht so und so geheißen? oder ob er nicht so und so ausgesehen

Digitized by Google

habe? Man denke sich hiebei noch den Fall, daß der Gerichtsbotr gestorben ist!

2) Die Zustellung muß mittelst einer Originalausfertigung geschehen, die Zustellung einer Abschrift ist nichtig. Oberhofger. Jahrbücher IV. S. 50.

Wenn der Gerichtsbote einr solche Zustellung beurkundet, hat sie öffentlichen Glauben, und die Partei ist nicht schuldig, eine andere anzunehmen.

Liegt aber keine Beschreinigung des Gerichtsboten voe, so müßte der Eid als Surrogat derselben auch die Beschaffenheit der zugestellten Ausfertigung zum Gegenstande haben. Sie müßte darauf gerichtet werden, ob die Ausfertigung den Charakter einer öffentlichen Urkunde an sich getragen habe u. s. w.

Wem wird jedoch einfallen, einer Partei hierübee einen Eid aufzulegen?

3) Wie soll sich der Delat benehmen, wenn das Urtheil etwa nicht ihm selbst, sondern im Falle seiner Abwesenheit den in §. 263 bezeichneten Personen zugestellt wurde? Einerseits braucht er nicht übee fremde Handlungen zu schwören und anderer Seits wird er sich doch ein Gewissen daeaus machen, eidlich abzuläugnen, daß ihm das Urtheil nicht zugekommen sei, weun es etwa geschehen ist? Es kann die Frage entstehen, ob dir Person, an welche die Zustellung geschah, zu den im §. 263 genannten gehöre, und verneinenden Falls ist die Insinuation abermals nichtig!

Kurz auch abgesehen von allgemeinen Grundsätzen, ist die Eidesdelation, an und für sich betrachtet, rechtlich unmöglich, weßhalb der Gerichtshof, ohne Zweifel mit Recht, die Eideszuschiebung alsbald verworfen hat. Eine gegentheilige Meinung würde auch zu den auffallendsten Consequenzen fuhren, die sich jedee selbst absteahiren kann.

Stabel.

II.

Hofgeeicht des Mitteleheinkeeises.

Rechtsfall zur Anwendung der L.R.S. 1311. 1338. und 1338 a.

Der ledige und nach einem vorgelegten Auszug aus dem Geburtsbuch vom 25. Februar 1815 grborne Bauernsohn J. K. von W. (Gemeinde O.) hatte dem Israeliten H. R. von B. unteem 12. October 1836, somit etwas über 6 Monate nach seiner erreichten Volljährigkeit, eine Urkunde folgenden Inhalts ausgestellt:

„Ich Endesunterschrtebener J. K., Bürger von W., bin heut dato an H. R. von B. schuldig gebliben übee alle Abrechnung sammt Zinsen die Summe von 2800 fl, sage Zweitausend achthundert Gulden. Diese Summe verspreche ich Unterschriebener nach und nach zu zahlen, nämlich bis künftigen Montag 300 fl., bis auf den 17. Oktobee 1836, sodann bis künftige Fastnacht 500 fl. sage fünfhundert Gulden, diese unverzinslich, dennoch der Rest mit Zweitausend Gulden, sage 2000 fl. (sic) nebst Zinsen à fünf Prozent vom Hundert von heutr an bis Ostern 1837 an H. R. zu zahlen. Die Richtigkeit dieser Summe Zweitausend achthundert Gulden bestätige ich mit meiner Unterschrift.

So geschehen B. den 12. Oktober 1836.

J. K. von W."

Unten daeun steht weiter geschrieben:

„An der obigen stehenden Summa habe ich Unterschriebenrr abschläglich an Kapital und Zins einhundert Gulden abbezahlt.

B. den 24. Oktober 1836.

J. K."

„Den 9. Jennrr 1837 wiedernm verabschlagt an Kapital und Zins 50 fl., sage 50 fl. zahlt.

J. K."

„Den 25. Jennre habe ich an meinem Kapital wiedernm 50 Fl. abbezahlt.

J. K."

Sodann folgen noch weitere Beisätze über geleistetr Abschlagszahlungen von 223 Fl. ohne Unterschrift.

Auf den Grund dieser Abrechnungsurkunde klagte nun drr Gläubigee unteem 15. Juni 1838 auf Zahlung der Restsumme von 2504 fl. 38 kr. für angebliches Daeleihen sammt Zinsen.

Der Beklagte ließ sich dahin vernehmen, daß er dem Kläger die erwähnte Abrechnungsurkunde ausgestellt habe, und er ihm nach Abzug der geleistetrn Zahlungen wohl noch die eingeklagte Restsumme schuldig wäre; allein er habe in Wirklichkeit von dem Kläger nicht mehe, als 250 fl. und später noch einmal 13 fl. 30 kr. erhalten. (In einer spätern Erklärung und auch in zweiter Instanz gab er jedoch zu, daß er an Waaren und baarem Geld 318 fl. 21 kr. rmpfangen habe.) Der Kläger habe sich die fraglichr Abeechnungsurkunde dadnech zu verschaffen gewußt, daß er ihn unaufhörlich auf Zahlung drängte und ihn so bestimmte, ihm für immer größere Summen Handschriften auszustellen, bis er ihm zuletzt auch die Handschrift über die 2800 fl. ausgestellt habe.

Daß dem so sey, widersprach des Klägers Anwalt, und der Unterrichter legte nun zuerst dem Beklagten den Beweis darüber auf, daß er vom Kläger nicht 2800 fl., sondern nur 250 fl. erhalten habe, derselbe gieng jedoch nachhee wieder von diesem Beweiserkenntniß ab und gab dem Kläger auf, zu beweisen:

daß er dem Beklagten bis zum 12. Oktober 1836 verschiedene Darleihen im Betrag von 2800 fl. gemacht habe.

Letztern Beweis trat sofort der Kläger einmal durch die schon erwähnte Abrechnungsurkunde und dann duech 6 weitere Urkunden an, die nach ihrem Datum in dem Zeitraum vom 5. März 1832 bis 10. Dezember 1834, und daher vom 17ten bis gegen das 20ste Lebrnsjahe des Beklagten, und mit Ausnahmr der letztern, die nur auf 100 fl lautet, von 22 fl. über rine verkaufte silberne Sackuhr, succesfive über immer größere Summen für baar gelehntes Geld und Krämerwaaren, zusammen über den Betrag von 2148 fl. ausgestellt sind.

Der Beklagte erkannte alle diese Urkunden für ächt an, schützte aber gegen die sechs letztern die Einrede vor, daß sie während seiner Minderjährigkeit ausgestellt seien und deßhalb nichts beweisen, worauf der Unterrichter nach weiters gepflogener Verhandlung dem Beklagten über das Beweisthema einen Notheid in negativer Form auferlegte und von dessen Ausschwörung dir Abweisung des Klägers abhängig machte, indem er von der Ansicht ausging, daß durch die vom Kläger produzirten 6 frühern Schuld-

Digitized by Google

urkunden, die in der Abrechnungsurkunde vom 12. Oktober 1836 mangelnde Vertragsursache wahrscheinlich gemacht sei, dem Beklagten aber deßhalb der Eidesvorzug gebühre, weil die Glaubwürdigkeit des Klägers insbesondere dadurch geschwächt werde, daß er nach Ausstellung der Urkunde vom 12. Oktober 1836 dennoch im Besitz der früheren Urkunden geblieben sei und sie nicht vielmehr dem Kläger zurückgegeben habe, woraus auf keine redliche Absicht geschlossen werden könne:

Hiergegen ward nun vom Kläger appellirt; der Beklagte schützte in dieser Instanz die Einrede der Minderjährigkeit zur Zeit als die verschiedenen Darleihen entstanden, wiederholt vor, der Kläger dagegen bezog sich zu deren Entkräftung auf die vom Beklagten nach erreichter Volljährigkeit ausgestellte Anerkennungsurkunde und die hierauf geleisteten und vom Beklagten selbst darauf notirten Abschlagszahlungen, worauf mit Stimmenmehrheit unter Abänderung des amtlichen Urtheils dem Kläger ein Erfüllungseid darüber auferlegt wurde.

Daß die ganze Summe von 2800 fl. worüber der Beklagte dem Kläger unterm 12. Oktober 1836 die bei den Akten befindliche Anerkennungsurkunde ausgestellt hat, von an den Beklagten ausbezahlten Darleihen, an denselben verkauften Waaren und hievon berechneten Zinsen entstanden sei, und für den Fall, daß Kläger diesen Eid ausschwört, Beklagter für schuldig erklärt werde, die eingeklagte Restsumme von 2504 fl. 38 kr. sammt Zinsen an den Kläger zu bezahlen und die Kosten zu tragen.

Die Entscheidungsgründe zu diesem Urtheil bestanden nach etwas gedrängterer Vorausschickung des bisherigen Thatsächlichen darin:

In Erwägung

1) daß Appellat laut des von seinem Anwalt vorgelegten Briefs auch die auf der anerkannten Abrechnungsurkunde geschriebenen Beisätze, woraus sämmtliche von ihm geleisteten Abschlagszahlungen nach seiner bereits erreichten Volljährigkeit und mit Bezug auf die oben anerkannte Schuld von 2800 fl. geleistet wurden, — anerkannt hat;

In Erw.,

2) daß der L.R.S. 1311 besagt: „Man kann kein Versprechen anfechten, das man zwar während der Minderjährigkeit unterzeichnet, aber nach erreichter Volljährigkeit genehmigt hat, — und der L.R.S. 1338 und 1338 a. In Ermanglung einer Urkunde über die Bestätigung oder Genehmigung einer solchen Verbindlichkeit genügt die freiwillige Erfüllung derselben zu einer Zeit, wo jene gültig statt finden konnten, und wirkt einen Verzicht auf die Klagen und Einreden, die wider das Geschäft statt hatten, — und auch die freiwillige Erfüllung eines Theils der Verbindlichkeit gilt für Anerkennung des ganzen Betrags, wenn der Schuldner nicht voraus erklärt hat, daß er sich nur für einen bestimmten Theil schuldig achte;"

In Erw.,

3) daß zwar die zur Zeit der erreichten Volljährigkeit des Appellaten ausgestellte Anerkennungsurkunde einen vollen Beweis nicht herstellt, weil sie keine Vertragsursache enthält;

L.R.S. 1131, 1319 und 1347.

daß aber

4) dieser mangelnde Beweis durch den Inhalt der vom Appellaten früher ausgestellten Urkunden, von denen bei weitem der größte Theil die vom Appellanten angeführte Vertragsursache enthalten, ergänzt wird, und

5) die hiergegen vorgeschützte Einrede der Minderjährigkeit durch die nach erreichter Volljährigkeit ausgestellte Anerkennungsurkunde, und dann auch durch die damals erfolgten und auf diese Urkunde vom Beklagten selbst notirten Abschlagszahlungen entkräftet ist;

In Erw., daß demnach der Appellant, nachdem derselbe durch seine Beweisführung die von ihm zu beweisende Thatsache immerhin wahrscheinlich gemacht, Appellat dagegen nicht einmal einen Gegenbeweis angetreten hat, durch das unterrichterliche Urthril insoweit für beschwer zu achten ist, als nicht ihm, sondern dem Beklagten ein Notheid auferlegt wurde.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Der unterzeichnete Respizient, welcher die Ansicht der Minorität vertheidigte und die Bestätigung des amtlichen Urtheils unter Modification der Eidesformel beantragte, erlaubt sich, da der vorliegende Fall auch in anderer Beziehung einiges Interesse darbietet, die für seine Ansicht vorgetragenen Gründe auch noch der öffentlichen Beurtheilung zu unterwerfen.

Vorerst muß es gewiß jedem Unbefangenen höchst auffallend erscheinen, daß man einem ledigen Bauernsohn ohne alle Sicherheit 2800 fl. creditirt, so wie nicht minder, daß die von der Abrechnungsurkunde vom 12. Oktober 1836 von dem Beklagten während seiner Minderjährigkeit ausgestellten Schuldscheine, deren ersten er in einem Alter von nur 17 Jahren unterschrieb, in successivem Anwachsen bis endlich zu 300 fl. und jeweils nach der in dem vorausgegangenen Schuldschein bedungenen Verfallzeit ausgestellt sind. — Umstände, welche die fast unabweisbare Vermuthung begründen, daß ein leichtsinniger Schuldner von einem listigen Gläubiger hintergangen wurde.

Allein ich will von dem absehen und die Rechtsgründe anführen, die mich bestimmten, die modificirte Bestätigung des amtlichen Urtheils zu beantragen.

Es kann mit Grund nicht bestritten werden, und auch die Majorität ist davon ausgegangen, daß die Abrechnungsurkunde vom 12. Oktober 1836 den Beweis, daß der Kläger die darin anerkannten 2800 fl. aus Darleihen zu fordern habe, nicht hergestellt, denn diese Urkunde enthält kein Wort von einem Darleihen; der Untergerichter hatte daher in seinem zweiten Beweiserkenntniß ganz recht geurtheilt, daß er dem Kläger den Beweis noch darüber auferlegte, daß er dem Beklagten bis zum Tag der Abrechnung verschiedene Darleihen im Betrag von 2800 fl. gemacht habe. Das Resultat der klägerischen Beweisführung durch andere Beweisurkunden bestand aber nun darin, daß alle jene angeblichen Darleihen während der Minderjährigkeit des Beklagten contrahirt wurden, und nach erreichter Volljährigkeit in jener Abrechnungsurkunde nur anerkannt worden seyn sollen. Eine Anerkennungsurkunde (acte confirmatio) begründet aber keine neue Verbindlichkeit, sondern befestigt nur eine schon bestehende, wider welche das Gesetz eine Klage auf Vernichtung oder Umstoßung zuläßt. L.R.S. 1338.

Merlin repert. sub voce confirmation T. V. pag. 412.

Toullier droit civil (Brüssl. Ausgabe) T. IV. pag. 503. T. V. pag. 345.

Zachariä, neueste Auflage Bd. II. §. 339.

Digitized by Google

Die Fragen, um die es sich bei Entscheidung des vorliegenden Falls handelt, werden daher nur die seyn: Hat sich der Beklagte durch die während seiner Minderjährigkeit ausgestellten Urkunden auf eine rechtsgültige Art verpflichtet, oder wenn dieß nicht der Fall ist, hat er durch die nach erreichter Volljährigkeit ausgestellte Anerkennungsurkunde im Sinne des L.R.S. 1311 seine während der Minderjährigkeit übernommene Verbindlichkeit rechtsgültig genehmigt.

Beide Fragen, glaube ich, müssen verneint werden.

Minderjährige, sagt der L.R S. 1124 sind unfähig, Verträge zu schließen, sie können daher schon vermöge dieses allgemeinen Grundsatzes rechtsgültig, auch keinen Darleihensvertrag eingehen; speziell bestimmt ist dieß aber noch durch den L.R S. 513, welcher sogar den noch mehr rechtsfähigen Mundtodten verbietet, ohne Beiwirkung eines gerichtlich verordneten Beistandes, Anleihen aufzunehmen und dafür Empfangscheine auszustellen; und daß der Beklagte gewaltsentlassen war, oder die angeblich erhaltenen Darleihen für seinen Unterhalt oder Beruf vom Kläger aufgenommen habe, unter welcher Voraussetzung nach L.R.S. 1124 b bereits vollmündige Minderjährige gültige Verträge schließen können, — hat der Kläger nirgends behauptet, geschweige erwiesen; die aus diesen angeblichen Darleihen für den Beklagten erwachsenen Verbindlichkeiten sind daher eben so ungültig und unwirksam, als die von ihm darüber ausgestellten Urkunden

Wenn aber zur zweiten Frage dem Obigen zu Folge eine bloße Abrechnungsurkunde keine neue Verbindlichkeit schafft, sondern nur eine schon bestehende bestätigt, d. h. vor Anfechtung sichert; so ist es auch klar, daß die oft erwähnte Abrechnungsurkunde des Klägers keine andere Rechtswirkung haben kann. Als solche war sie jedoch nur dann gültig, und ersetzte die zur Zeit der Minderjährigkeit verfaßten ungültigen Urkunden, wenn sich darin das Wesentliche der Verbindlichkeit, — also doch wohl auch die Vertragsursache, — der Grund der Klage auf Umstoßung und die Absicht, diesen Grund zu beseitigen, ausgedrückt findet, — Voraussetzungen, wonach man sich in der vom Kläger produzirten Abrechnungsurkunde allenthalben vergeblich umsieht.

Ich sage daher, die vom Beklagten in zweiter Instanz vorgeschützte Einrede der Minderjährigkeit ist durch den Inhalt dieses Anerkenntnißakts nicht entkräftet, und der Kläger müßte, wenn man in pejus reformiren könnte, mit seiner Klage geradezu abgewiesen werden.

Aber, — replizirt nun der Kläger, und darauf legte die Majorität das größte Gewicht, — der Beklagte hat auf diese Anerkennungsurkunde Abschlagszahlungen geleistet und sogar eigenhändig darauf bemerkt, daß die Zahlungen an obiger Summe gemacht werden, demnach durch freiwillige Erfüllung stillschweigend die ganze Schuldsumme anerkannt und hierdurch auf alle Einreden, die gegen das Rechtsgeschäft stattharten, verzichtet.

L.R.S. 1338. Abs. 2 und 3 und L.R S. 1338 a

Man kann nicht läugnen, daß diese Replik den Wortlaut des Gesetzes scheinbar für sich hat; bei genauerer Betrachtung zerfällt aber dieselbe dennoch. Geht man nämlich von dem gleich anfangs aufgestellten Satze aus, daß eine Anerkenntnißurkunde in dem Sinne wie die vorliegende, keine neue Verbindlichkeit schafft, sondern nur eine schon bestehende bestätigt; so muß man auch zugeben, daß die mit der Anerkennung gleiche Rechtswirkung äußernde freiwillige Erfüllung einer Verbindlichkeit, wider welche das Gesetz eine Klage auf Vernichtung oder Umstoßung zuläßt, nur diese alte Verbindlichkeit vor Anfechtung sichert; es ist also unrichtig, wenn man, wovon die Majorität auszugehen scheint, annimmt, daß durch die theilweise Zahlung, der in der Anerkenntnißurkunde enthaltenen Summe und insbesondere durch die Notirung des Beklagten auf diese Anerkenntnißurkunde die Mängel derselben geheilt worden seien, — man muß vielmehr davon ausgehen, daß, weil diese Urkunde mit den zu ihrer Gültigkeit gesetzlich erforderlichen Voraussetzungen nicht versehen ist, sie rechtlich als gar nicht vorhanden angesehen werden kann und daher das vorherbestandene Rechtsverhältniß wieder eintritt, wonach es, wie der Kläger selbst durch seine andern sechs Handschriften beweisen will, nicht eine einzige Verbindlichkeit war, welche der Beklagte gegen den Kläger eingegangen hatte, sondern wornach er sechsmal hintereinander mit dem Beklagten während dessen Minderjährigkeit contrahirt hat. Man kann also nicht sagen, daß, wenn der Beklagte seine Verbindlichkeit aus einem dieser sechs Verträge freiwillig erfüllte, er auch alle andern stillschweigend anerkennen wollte. Dem L.R.Zusatz 1338 a eine solche exorbitante Ausdehnung zu geben, würde ebenso seinen Worten, die nur von einer Verbindlichkeit sprechen, die durch theilweise Erfüllung im Ganzen anerkannt wird, als auch seinem Geiste widersprechen, indem dieser Satz eine Rechtsvermuthung aufstellt, die nicht ausdehnend interpretirt werden kann, um so weniger, als der Beklagte, wie er zugestehen mußte, von dem Kläger wirklich einiges Geld geliehen bekommen hatte, zu dessen Rückzahlung er sich dann auch moralisch und rechtlich verpflichtet fühlen mochte; da ihm aber die Zahlung diese Schuld unter den vorliegenden Verhältnissen die wichtigste seyn mußte; so ist es auch der Vorschrift des L.R.S. 1256 angemessen, daß sie als auf Rechnung der wirklich erhaltenen Gelder geleistet angenommen wird.

Aus dem Bisherigen dürften sich für die Anwendung folgende zwei Sätze ergeben:

I. Der Vertrag eines Minderjährigen, wider welchen das Gesetz eine Klage auf Vernichtung oder Umstoßung zuläßt, kann durch eine Anerkenntnißurkunde nur insofern als diese alle Erfodernisse des L.R.S. 1338 enthält, nach erreichter Volljährigkeit rechtsgültig ratihabirt werden.

II. Statt einer solchen Urkunde genügt die freiwillige Erfüllung eines Theils der durch einen derartigen Vertrag übernommenen Verbindlichkeit zu einer Zeit, da jene (die Anerkenntnißurkunde) rechtsgültig zu Stande kommen konnte, jedoch nur unter der Voraussetzung, als bei dem Daseyn mehrerer derartiger Verbindlichkeiten die Erfüllung unter Umständen geschah, daß hieraus die Absicht hervorgeht, man habe alle diese Verbindlichkeiten erfüllen wollen.

Buisson.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 24. April 1841.

I.

Die Anwendung des Landrechtsatzes 503 in einem durch drei Instanzen (nach der alten Prozeßordnung) verhandelten Rechtsstreite.

Joachim Tr., verheiratheter Bauersmann von Oberl., wurde den 28. Mai 1826 auf den Antrag der geist- und weltlichen Ortsvorgesetzten wegen Blödsinn für mundtodt im ersten Grad erklärt und ihm ein Aufsichtspfleger bestellt.

Bald darnach traten der Pfleger und die Ehefrau des Tr. bei dem Amt M. gegen den dasigen Schutzjuden El. M. mit einer Klage auf, worin sie auf gerichtliche Annullirung der vom Tr. dem Juden ausgestellten Schuldbekenntnisse im Gesammtbetrag von nicht weniger als 5,380 fl. antrugen. Zur Begründung dieser Klage brachten sie vor: Tr. bestehe darauf, auf alte Schuldscheine in fünf Malen nicht mehr als zusammen 36 Louisd'or von dem Beklagten empfangen zu haben, der ihn jedesmal mit Höflichkeiten überhäuft, ihm theils Wein, theils Kieschenwasser aufgedrungen, ehe er ihm Geld gegeben und sich dafür bescheinigen lassen, und insbesondere zuletzt an jenem Vormittag, wo Beklagter ihn zur richterlichen Anerkennung der Schuld vor Amt genommen, mit Wein hinaufgestiegeet. Obschon Tr. weder richtig lesen noch mehrere Zahlen richtig zusammenbringen könne, so habe er doch einmal dem Juden die Unterschrift aus dem Grund verweigert, weil es ihm doch geschienen, daß eine Zahl zu viel sey. Hierauf habe ihn aber der Jude unter allerlei Vorwand zu beruhigen gewußt und ihn durch glatte Worte zur Unterschrift verleitet. Es könne jedoch dessen Unterschrift keine Rechtskraft haben, weil nach dem Landrecht ein Blödsinniger zu Abschließung irgend eines Rechtsgeschäfts unfähig sey; denn Kläger könnten den Beweis führen, daß der Blödsinn des Tr. nicht erst kurz vor seiner Entmündigung, sondern schon lange Zeit, insbesondere in den Jahren 1820—1824, wo er mit dem Beklagten zu thun gehabt, bestanden sey; auch wollten sie beweisen, daß Tr. weder der Verschwendung sich hingegeben, noch Güter gekauft, oder in sonstige kostspielige Unternehmungen sich eingelassen habe, auch keine Schulden zu bezahlen gehabt, welche ein so großes Geldanlehen erfordert hätten, als der Beklagte nach den vorliegenden Scheinen ihm gegeben haben solle. Beklagter antwoetete hieeauf: es sey nicht wahr, daß er von Tr. auf größere Summen Verschreibungen erhalten, als er demselben wirklich dargeliehen, und daß er hiezu Kunstgriffe gebraucht, die ihm in der Klage zum Vorwurf gemacht würden. Er könne das Entstehen seiner Foederung an Tr. und die successive Veegrößerung derselben für jeden Posten mit Urkunden belegen, welche nachweisen, daß Tr. von ihm nicht übervortheilt worden sey, indem derselbe bei jeder Schuldverschreibung mit eigener Hand die geliehene Summe in Worten niedergeschrieben habe. Die letzte Urkunde, worin der Gesammtbetrag seiner Forderung an Tr. enthalten sey, und die er produzire, sey ein amtliches Protokoll, worin Tr. die Richtigkeit dee ganzen Schuld nach der vom Gerichtschreiber Sr. gefertigten Beeechnung anerkannt habe. Bei Amt würde Tr., wenn seine Schuld sich nicht so hoch belaufen hätte, gewiß Einwendungen dagegen gemacht haben. Das Amts-Peotokoll vom 14. Decembee 1825 sey als eine öffentliche Urkunde vollbeweisend und könne wegen angeblicher Falschheit nicht angegriffen werden.

Dee Unterrichter erkannte hieeauf durch Urtheil:

„Daß die Kläger mit iheer gesetzlich nicht begründeten Klage unter Verfällung in sämmtliche Kosten abzuweisen seyen."

Der Entscheidungsgrund bestand darin, daß der Unterrichtee den Beweis einer frühern — der Mundtodtmachung vorausgegangenen Vertragsunfähigkeit Te's. nach S. 503. des L. R. für unzuläßig gehalten hat.

Die Klägee haben dagegen appellirt und den Beweis des früher schon vorhandenen Blödsinns Tr's. durch Antrag auf zu erhebende Gutachten des Amts-Physikats und Landchieuegats und durch Aufführung einer großen Anzahl von Zeugen, der Ortsvorgesetzten und anderer Bürger des

Digitized by Google

Wohnorts Tr's. sowohl als der benachbarten Gemeinden angetreten.

In der Appellations-Vernehmlassung des Appellaten wurde die gegnerische Beweisantretung theils für unzulässig, theils für unerheblich dargestellt, indem vorgetragen wurde: nach der Verordnung des L. R. S. 503. müsse die Ursache der Entmündigung schon vom Jahre 1820 an bis 1825 dem Appellaten kundbar gewesen seyn, dessen Beweis aber den Appellanten unmöglich sey. Möchten sie auch durch einige gute Freunde und Gönner darzuthun im Stande sein, daß Tr. im Verlaufe von vielen Jahren hie und da ungeschickte oder unbesonnene Handlungen begangen, die eine Geistesschwäche verrathen hätten, so folge daraus doch kein völliger Blödsinn und eine Vertragsunfähigkeit, noch weniger, daß Appellat und mit ihm viele Andere Kenntniß von einem solchen Blödsinn gehabt hätten, überhaupt folge daraus nicht, daß Tr's. Geistesschwäche kundbarlich vorhanden gewesen sei. Das Gesetz selbst gebe zwar die Definition über den Ausdruck: „kundbar" nicht an, allein die zwei Commentatoren Locré und Rogron geben die Bedingungen, unter welchen einer Rückwirkung Raum gegeben werden könnte, genauer und übereinstimmend an, indem sie verlangen, daß der behauptete Blödsinn aus denjenigen Acten, worauf die Entmündigung ausgesprochen worden, auch als zur Zeit der eingegangenen Handlung kundbar vorhanden — völlig bewiesen und derjenige Theil, der mit dem Entmündigten gehandelt habe, im bösen Glauben gewesen sein müsse. Dieser Beweis gehe aber aus den Entmündigungs-Acten Tr's. nicht hervor. Der angetretene Beweis durch Zeugen sei gesetzwidrig. Der L. R. S. 493., worin die Zulässigkeit des Zeugen-Beweises gefunden werden wolle, spreche blos von einer erst zu bewirkenden Entmündigung und nicht vom Beweise einer — vor ausgesprochenee Entmündigung schon kundbar vorhandenen Blödsinnigkeit, Brauer im 1. B. S. 549. zu S. 504. widerspreche, durch Zeugen den Beweis über einen früher bestandenen Blödsinn zu führen.

§. 2.

Beurtheilung.

Die angestellte Klage ist im L. R. S. 503. gegründet, welcher also lautet:

„Handlungen, welche vor der Entmündigung eingegangen wurden, können wieder vernichtet werden, wenn die Ursache der Entmündigung zur Zeit, als jene geschehen, schon kundbar vorhanden war."

Der vom Appellaten angezogene Locré in seinem Esprit du Code Nap. ad art. 503. enthält über die Auslegung des Artikels nicht eine Sylbe, sondern giebt nach seinem gewöhnlichen Zweck nur Rechenschaft darüber, wie der Artikel nach den verschiedenartigsten Vorschlägen seine jetzige Fassung genommen hat, namentlich darübee, daß man mehrere Vorschläge im Staatsrath verwarf, welche die Tendenz hatten, dem Richter bei der Verurtheilung über das Dasein, der vor der Interdiction schon behaupteten Ursachen, des Blödsinns u. s. w. Schranken zu setzen, insbesondere, daß dieselbe aus dem angegriffenen Geschäfte selbst hervoegehen müsse, wogegen der Staatsrath die entschiedene Meinung aufstellte, daß der Richtee lediglich nach den Umständen zu erwägen habe: ob die Ursache zur Interdiction, d. i. Entmündigung, zur Zeit dee Errichtung des Geschäfts existirte und ob dieselbe notorisch war. Darum sagt Locré weiter:

„l'article 503. en evitant de s'expliquer sur la manière de prouver dans le cas, dont il s'agit, s'est referé au système general des preuves et au droit commun. Les juges décideront d'apres les circonstances, si la cause de l'interdiction existoit au moment de l'acte et si elle étoit notoire."

In gleichem Sinne spricht der allegirte Rogron über den nämlichen Art. 503. in seinem Code civil expliqué par ses motifs, pag. 209. „Notoirement. Si l'etat d'incapacité de l'individu étoit connu de tous, les actes sont annulés, parceque celui, qui a contracté avec un homme notoirement imbecille, ou fou, est de mauvaise foi. Mais, c'est au tribunal, à apprécier la notoriété, la bonne foi ou la mauvaise foi des contractans."

Diese Stellen der beiden Commentatoren sagen gerade das Gegentheil von dem, was Appellat aus ihnen hat herleiten wollen, denn sie sagen bestimmt, daß dem Richter bei Erhebung des Beweises über das Dasein des Grundes der Entmündigung und über die Notorietät desselben keine besondere Schranken gesetzt seien, daß vielmehr der Richter sich nach den Grundsätzen der Beweisführung überhaupt und nach dem gemeinen Recht zu richten und nach Erwägung aller Umstände über das Dasein der Ursache der Vertragsunfähigkeit zur Zeit der Abschließung des Vertrags zu urtheilen habe. Zur Bestärkung dieser Rechtsansicht führe ich noch einen andern Commentatoe an, über welchen Zachariä in seinem Handbuch zum französischen Civilrecht ein ausgezeichnetes Lob verbreitet, nemlich

Toullier in s. droit civil fr. tom. 2. 1821. p. 470. nr. 1359. zum art. 503. „C'est donc à ceux, qui attaquent les actes passés par interdit avant le jugement d'interdiction, à prouver non seulement que la cause de l'interdiction remonte à cette epoque, mais encore qu'elle étoit-notoire, et cette notoriété peut être prouvée tant par les indices que peuvent offeie les dispositions

Digitized by Google

mêmes de l'acte, que par tous les genres de preuve admis en justice etc.

Nach diesem Schriftsteller kann das notorische Dasein der Ursache der Vertragsunfähigkeit sowohl durch Indizien, die aus den Bestimmungen des Acts selbst hervorgehen, als auch durch alle Gattungen von Beweismitteln hergestellt werden.

Auch die von Brauer citirte Stelle hat der Appellat unrichtig angewendet. Der L. R. S. 504. spricht von dem Falle, wenn der Vertragsunfähige vor Anfechtung seiner Rechtshandlungen gestorben ist. In diesem Fall können solche Handlungen nur dann mit Erfolg angefochten werden, wenn vor dem Absterben des fragl. Individuums die Entmündigung schon erkannt oder nachgesucht worden, oder der Beweis des Wahnsinns sich aus der angefochtenen Handlung selbst ergiebt. Darum sagt Brauer zu diesem Artikel am Schluß seiner Erläuterung: „außer diesem Fall sollen die Betheiligten, welche die Vernunft-Freiheit des Verstorbenen im Leben unangefochten ließen, auch dessen — wenn gleich etwa mit Sonderbarkeiten verwebte Erzeugnisse nach dem Tod ehren." Von diesem Falle kann nun hier keine Rede sein, da der Blödsinnige Tr. sich noch am Leben befindet.

Die Ursache der Entmündigung Tr.'s ist Blödsinn. Unsere Gesetzgebung — das 6te Konstitutions-Edict §. 29. nennt Blödsinn diejenige Gemüthsschwäche, oder jenen bleibend scheinenden Zustand, worin Jemand des vernünftigen Gebrauchs seiner Sinne nicht mächtig ist, sei es auch, daß er zwar seine Sinne gebrauchen könne, aber in allem, was nicht unmittelbar in einem sinnlichen Zusammenhang erscheint, des Verstandes-Gebrauchs entbehet, mithin die gemein erkennbaren Folgen seiner Handlungen entweder nicht einsehen, oder die Einsicht nicht bis zur Fassung einer daraus verständig hervorgehenden Entschließung festhalten kann.

Daß diese Entmündigungs-Ursache schon zur Zeit, in welche die Handlungen des Beklagten mit dem Kläger fallen, insbesondere der Act der gerichtlichen Anerkennung der Schuld des Tr. auf eine offenkundige Weise vorhanden war, ist, wie erwähnt, in der Klage behauptet, und mit Appellationslibell der förmliche Beweis darüber angetreten. Der Beweis ist also zulässig und erheblich. Landrechtssatz 493 verordnet, daß die Thatsachen, woraus man auf Gemüthsschwäche, Wahnsinn oder Raserei schließt, schriftlich einzeln verzeichnet werden, und daß diejenigen, welche die Entmündigung nachsuchen, durch Zeugen oder Urkunden darüber den Beweis führen müssen. Wenn die aufgeführten Zeugen die in den Beweisartikeln behauptete Thatsachen und Wahrnehmungen an Tr., und wenn die zum Gutachten aufzufordernde Gerichtsärzte das frühere Daseyn der Geistesschwäche Tr.'s, nämlich in den Jahren 1820 bis 1825., bestätigen werden, so wird der Klagegrund vollkommen bewiesen sein. Es ist demnach klar, daß die Kläger durch den untergerichterlichen Spruch beschwert sind, wodurch die Klage als unstatthaft verworfen worden ist. Es sind demnach die angetretenen Beweise ordnungsmäßig zu erheben.

§. 3.

Auf das Ergebniß des erhobenen Beweises hat das Hofgericht das untergerichterliche Urtheil dahin abgeändert: „Es seien die von Joachim Tr. dem Beklagten ausgestellten Schuldscheine vom 17. December 1820, 17. October und 19. Dec. 1823, sodann vom 16. Januar, 20. Juni und 13. Oct. 1824 nebst dem Anerkenntniß vom 13. Dez. 1825 für ungiltig und kraftlos zu erklären und klägerisch appellantischer Theil nur schuldig, dem beklagten Appellaten die Summe von 36 Louisd'or sammt 5procentigem Zins vom 17. Dez. 1820 an zu bezahlen. An den Kosten beider Instanzen haben die Appellanten 1/10 und Appellat 9/10 zu tragen."

Gegen dieses Urtheil hat Beklagter Appellat die Oberberufung ergriffen, es ist aber vom Oberhofgericht nach weiters gepflogenen gesetzlichen Verhandlungen erkannt worden: „daß das hofgerichtliche Urtheil vom ꝛc. lediglich zu bestätigen sey, unter Verfällung des beklagten Appellanten auch in die Kosten dritter Instanz."

Zugleich ist dem Hofgerichte aufgetragen worden, über die (118) der Hofgerichtsacten ersindliche Revisions-Beschwerde der Kläger, falls dieselbe nicht darauf verzichten sollten, die Revisions-Verhandlungen zu pflegen und zum oberstrichterlichen Erkenntniß vorzulegen. Dieser Auftrag wurde vollzogen und das Oberhofgericht erkannte in Folge der Revision der Kläger —

„Das hofgerichtliche Urtheil sei dahin abzuändern, daß der beklagte Revise auch mit der Anforderung der 36 Louisd'or sammt Zinsen abzuweisen und in sämmtliche Kosten des Hauptprocesses und der Revision zu verfällen sei."

Die Zuerkennung von 36 Louisd'or in dem hofgerichtlichen Urtheil mag wohl aus dem Grunde geschehen sein, weil in der Klage der Empfang dieser Geldsumme ausdrücklich eingestanden war. Nach der Ansicht des einen Referenten über die Gattung und Natur der angestellten Klage würde dieses Erkenntniß mit der Klage consequent und ganz gerecht erscheinen. Der Referent sagt nemlich: „Zur Sache selbst werden von der Appellantin die von ihrem Ehemann an Appellaten ausgestellte Schuldscheine nicht wegen äußerer Falschheit, sondern wegen innerer Unrichtigkeit und Unwahrheit des Inhalts als ungiltig angefochten, indem jene Schuldscheine von Tr. in seinem Blödsinn, ohne das Geld bis auf 36 Louisd'or empfangen

Digitized by Google

zu haben, unterschrieben und anerkannt, und derselbe hiezu als schwachsinniger Mann durch die Kunstgriffe des M. verleitet worden sei. Es handelt sich daher nicht darum, daß wegen Blödsinn ein verbindliches Rechtsgeschäft aufgehoben werden solle, sondern das Fundament der Klage geht auf das Nichtdasein des Grunds einer Verbindlichkeit — auf die Einrede des nicht gezahlten Geldes — welche als ein remedium juris bekannten Rechtens auch per modum actionis vorgebracht werden kann, Lauterbach colleg. pand. l. 12. t. 1. §. 15.. und die hier darauf gestützt wird, daß die vorliegende Schuldbekenntnisse wegen des Blödsinns des Ausstellers nichts beweisen könnten, und die aus verschiedenen Umständen hervorgehende Gefährde des Beklagten die Unwahrheit des Inhalts derselben noch darlege. Man kann demnach diesen Blödsinn und diese Gefährde nicht jedes besonders als direkten Zernichtungsgrund einer wirklichen Verbindlichkeit betrachten, sondern man muß solche in ihrem Zusammenhang und in ihrer Wechselwirkung auf die angefochtene Handlung nehmen, da — wie gesagt — hierin nicht der unmittelbare Zernichtungsgrund, sondern der Beweis einer abgehenden Verbindlichkeits-Ursache liegen soll. Diese Unterscheidung ist hier von Einfluß, weil die Herstellung des Blödsinns des Ausstellers, so wie die Gefährde des Gläubigers nur insoweit erforderlich ist, als solche zum Beweis, daß das Geld nicht gezahlt worden, und nur die äußere Form einer Schuldverbindlichkeit vorliege — nöthig wird, was jedoch etwas ganz anderes ist, als wenn unmittelbar wegen Blödsinn und Gefährde eine wirkliche Verbindlichkeit zernichtet werden wollte."

Diese Ansicht und Ausführung entspricht nicht der angestellten Klage und der Bestimmung des Gesetzes (dem citirten Art. 503. des Code), worauf erstere gegründet ist, denn sie ist auf Zernichtung der von Tr. ausgestellten Schuldscheine wegen Blödsinn, den M. zur Uebervortheilung desselben zu benutzen gewußt hat, gerichtet. Der Klaggrund ist Blödsinn, kundbar schon zur Zeit der angegriffenen Rechtsgeschäfte, und ist der Beweis des damalig kundbaren Blödsinns geführt, so muß das ganze Geschäft für nichtig erkannt werden, ohne Rücksicht auf die Frage zu nehmen, ob und wie viel Tr. Geld auf die Schuldscheine empfangen habe oder nicht? ausgenommen den Fall, daß der Gegner die Verwendung des Geldes zum Nutzen des Empfängers behauptet und erwiesen hätte, wo alsdann nach dem Grundsatze: „neminem locupletiorem fieri cum damno alterius" dem Darleiher die verwendete Summe erstattet werden müßte. Daher hatten auch die Kläger zur Bezahlung der von Tr. als empfangen eingestandenen 36 Louisd'or sich für den Fall bereit erklärt, wenn M. die nützliche Verwendung dieses Betrags erweisen würde, was er aber nicht gethan hat. Der Grund des erwähnten L. R. S. beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, daß Personen, welchen es an der Willensfreiheit (dem Verstandes-Gebrauche) gebricht, keine Verbindlichkeiten eingehen können, woraus denn folgt, daß, wenn solche unfähige Personen dennoch lästige Verträge für sich abgeschlossen haben, solche als nichtig angefochten und umgestoßen werden können. Von diesem Grundsatze sind sowohl das Hofgericht als auch das Oberhofgericht bei Fällung ihrer Urtheile in vorliegendem Streite ausgegangen, nur hat das Hofgericht den Grundsatz nicht konsequent durchgeführt, weil es auf das bloße Geständniß eines theilweisen Geld-Empfangs, ohne daß der Gegner den Beweis der nützlichen Verwendung geführt, die Kläger zur Erstattung des Betrags verurtheilt hat.

Irrig ist auch gewiß die Ansicht des Referenten, mit der querela non num. pec. leichter und sicherer das Ziel der Klage erreichen zu können, als unmittelbar wegen Blödsinn und Gefährde eine Verbindlichkeit zernichten zu wollen, vielmehr würden Kläger mit der vermeintlichen Querel gar nicht aufgekommen sein, weil es ihnen unmöglich gewesen wäre, den Beweis des Nichtempfangs des Gelds zu führen, denn die gerichtliche Anerkennung der Schuld Tr's. ist eine öffentliche Urkunde, welche vollen Glauben ihrem Inhalte gewährt, L. R. S. 1319, gegen welchen eine Eideszuschiebung an den Gegner nicht statt findet, L. R. S. 1360 a., und wogegen der Zeugenbeweis nach S. 1341 überhaupt verboten ist. Die aus dem in der Klage behaupteten Blödsinn und Betrug hergeleiteten Gründe für den Nichtempfang des Geldes konnten wohl eine Wahrscheinlichkeit, aber keinen juridischen Beweis herstellen, folglich auch kein obsiegliches Urtheil für die Querel herbeiführen. Ein solches war nur, wie wirklich geschehen, durch eine Klage auf Nullität zu erlangen, zu welcher der Nichtempfang des Geldes wohl als Motiv, aber nicht als der Grund der Klage angesehen werden kann.

§. 4.

Der verhandelte Rechtsfall ist in mehrfacher Hinsicht merkwürdig. Der Blödsinn Tr.'s spricht sich — nach dem erhobenen Beweise, insbesondere dem gestellten Gutachten der Gerichtsärzte — sowohl in seiner Physionomie als in seinen Bewegungen und in seinen Reden auf eine auffallende Weise aus. Eine solche Geistesschwäche, die sich auf der Stirne ausdrückt, und in dem ganzen Benehmen verkündet, konnte Niemandem, der mit Tr. in Berührung kam, unbekannt bleiben, am wenigsten demjenigen, der, wie M. mit ihm solche Geschäfte machte, wie sie in Frage stehen. Das Obergericht und der höchste

Digitized by Google

Gerichtshof haben den Beweis für hergestellt angesehen, daß Mr. die Verstandesschwäche Tr.'s gekannt und zu seinem Zweck benutzt habe. Auf dieser factischen Unterstellung beruhen ihre Erkenntnisse. Es dringt sich mir nun die Frage auf: wie kommt es, daß des offenkundigen Blödsinns Tr.'s ohngeachtet dennoch bei dem Amt M. der gerichtliche Act über die Anerkennung der Schuld Tr.'s vollzogen werden konnte, oder spricht dieser Act nicht gegen die als bewiesen angenommene Offenkundigkeit des Blödsinns? Denn der Wohnort des Blödsinnigen ist vom Amtssitze nicht weiter als etwa eine Stunde entfernt, und wenn auch Tr. als Amtsuntergebener dem Amtspersonal nicht bekannt gewesen wäre, so mußte ihm doch bei dessen Erscheinen mit dem Juden zum Zweck der Schuld-Anerkennung dessen intellectuelle Beschaffenheit bekannt werden. Es läßt sich indeß diese Frage leicht beantworten und der Zweifel lösen, wenn man mit dem Geschäftsgange bei unseen Bezirksämteen bekannt ist und die besondeen Umstände in Erwägung zieht, unter welchen der schlaue Jude das gerichtliche Anerkenntniß seines schwachsinnigen Schuldners sich zu veeschaffen gewußt hat, indem er nemlich an einem sogenannten Audienztage (wo gewöhnlich auch Wochenmarkt gehalten wird und wo es in der Amtsstube bunt duecheinander geht) sein erlesenes Opfee vor einen noch nicht lange Zeit daselbst angestellten Rechtspeactikanten geführt und an ihn das Begehren um den gerichtlichen Act gestellt hat. Der Practikant hat dem Ansuchen willfahrt und ohne alle Prüfung der ihm vom Juden vorgelegten Schuldscheine, die auffallende Unrichtigkeiten und Widersprüche unter sich enthielten, auf den letzten Schein vom 13. Oct. 1824 folgendes Protokoll eigenhändig niedergeschrieben: „Beim heutigen Vorstand der Theile erkennt der Beklagte die Richtigkeit der anderseitig verzeichneten Schuld ad 4980 fl. (Tr. soll nemlich 400 fl. anderswohin zu zahlen angewiesen sein). Urkundlich seiner Unterschrift."

T. Joachim Tr.

Beschluß:

„Geht dieses Protokoll dem Gläubigee als Urkunde zu, um darauf die Eintragung ins Unterpfandbuch auf des Schuldnees liegenschaftliches Vermögen bei der betreffenden Pfandschreibeei zu bewirken."

Ein Beamter hat dieses Protokoll unterzeichnet, ohne daß irgendwo bemerkt ist, daß ee die Parthien selbst gesehen und reden gehört hat. Bei einem solch' oberflächlichen Vorgange, duech den eigentlich nichts als die Thatsache des Unterscheeibens von Tr. in Gewißheit gesetzt ist, konnte freilich der Seelenzustand desselben leicht übeesehen werden und ungeachtet bleiben, und es kann demnach diese Handlung mit Grund nicht angeführt werden, um den hergestellten Beweis des Blödsinns Te's. zu entkräften.

Wichtig war die endgültige Entscheidung dieser Sache in iheen Folgen für die Familie Tr's., deren ganzes nicht unbeträchtliches Baueengut darauf gegangen wäee, um den Juden befriedigen zu können. Von der andern Seite ist durch den Ausgang dieses Rechtsstreits der gegen den Juden bestandene Ruf des Wuchers und der Betrüglichkeit so bestärkt und verbreitet woeden, daß es ihm nicht leicht mehr gelingen wird, weitere Opfer in seine Schlinge zu ziehen.

Donsbach.

Anmerkung der Redaktion.

Wäre Tr. im Jahre 1826 wegen Blödsinns entmündigt, und in dem hier erzählten Prozesse alsdann bewiesen worden, daß dieser Blödsinn als die Ursache der nachgefolgten Entmündigung in den Jaheen 1820—1824, da die fraglichen Verbindlichkeiten eingegangen wueden, schon kundbar vorhanden war, — so wäre ich mit der ergangenen endlichen Entscheidung und der obigen Ausführung einverstanden. Da aber im Eingange gesagt ist, Tr. sei wegen Blödsinns nue im ersten Grad mundtodt erkläet (d. h. nach S. 499. verbeiständet) worden, so bin ich mit der Entscheidung nicht einverstanden, insoweit sie blos darauf beruht, daß dieser Blödsinn in den Jaheen 1820—1824 kundbar schon voehanden gewesen sei.

Der Blödsinn ist nach S. 491. im Allgemeinen ein Grund zue Entmündigung. Da deeselbe aber, wie andere Entmündigungsgründe, in größeeem oder geringerem Maße vorhanden sein kann, so gestattet der S. 499. der Behörde, in geringeren Fällen statt der Entmündigung nue die Verbeiständung zu erkennen. Es wird in solchen Fällen dem Schwachsinnigen nue (wie nach S. 513. dem Verschwender) ein Beistand bestellt, ohne dessen Beiwirkung dee Veebeiständete weder rechten, noch Vergleiche schließen, Anlehen aufnehmen, Kapitalien erheben, noch darüber Empfangscheine ausstellen und Güter veräußeen odee verpfänden kann. Nach S. 513a. wird dieser Zustand auch der eeste Grad der Mundtodtmachung genannt im Gegensatz einer völligen Mundtodtmachung (odee Mundtodtmachung des zweiten Grads), welche gleich der wirklichen Entmündigung unter die Bestimmung des S. 509. fällt, wornach der Entmündigte beziehungsweise der völlig Mundtodte gleich einem Minderjäheigen unter Voemundschaft gestellt wird.

Der S. 502., wornach alle von dem Unfähigen erst nach der Entmündigung oder Veebeiständung eingegan-

Digitized by Google

gene Rechtshandlungen kraft Gesetzes ungiltig sind, spricht nun ausdrücklich sowohl vom Falle der Entmündigung als von jenem der bloßen Verbeiständung. Dagegen spricht der S. 503., welcher von den schon vorher eingegangenen Verbindlichkeiten handelt, nur allein vom Falle der Entmündigung. Nur wenn der Blödsinn ꝛc. so stark war, daß er eine Entmündigung zur Folge hatte, soll er auch die früher eingegangenen Verbindlichkeiten zernichten können, insofern er vor deren Eingehung kundbar schon vorhanden war. Für den Fall, daß der Zustand, als er zum Behufe des Erkenntnisses über die Entmündigung konstatirt wurde, statt einer Entmündigung nach S. 499. nur eine Verbeiständung zur Folge hatte, ist eine gleiche Bestimmung, wie sie der S. 503. in Bezug auf die der Entmündigung vorausgegangenen Handlungen enthält, niegends gegeben. Es kann daher in einem solchen Falle nach dem S. 1123 u. 1124. eine Rechtsunfähigkeit des spätee Verbeiständeten in Bezug auf die frühern Handlungen nicht angenommen werden, und nur wenn er solche Handlungen wegen Betrugs, Zwangs oder Irrthums (S. 1109—1117b.) anficht, kann ihm sein schon früher vorhanden gewesener schwachsinniger Zustand ꝛc. in soweit zu statten kommen, als mancherlei Umstände gegenüber einem Schwachsinnigen weit eher den Thatbestand eines Zwangs, eines Betrugs ꝛc. begründen, als gegenüber einem vollkommen Verständigen. Der bloße Zustand, dee nachhee eine Verbeiständung zur Folge hatte, kann aber für sich allein keinen Grund zur Anfechtung früherer Handlungen des später Verbeiständeten sein.

Boileux (commentaire sur le code civil) sagt zum Art. 503.:

„Il est a remarquer que la loi ne parle dans cet article ni dans le suivant de ceux, auxquels il a été donné un conseil. On doit conclure de son silence qu'elle considère comme inattaquable les actes passés anterieurement à la nomination du conseil.“

Nach dieser Ansicht hat auch das Oberhofgericht in Sachen Hoffmanns gegen Fischer am 5. Febr. 1811 erkannt. Die Bestimmungen des Gesetzes, unter welchen Voraussetzungen Rechtshandlungen wegen Wahnsinns, Blödsinns ꝛc. nichtig sein sollen, lassen sich auf folgende Sätze zurückführen:

1) Ist wegen des Blödsinns, Wahnsinns ꝛc. die Entmündigung oder Verbeiständung eekannt, so sind alle erst spätee eingegangnen Rechtshandlungen kraft Gesetzes nichtig. S. 502.

2) Feühee eingegangene Rechtshandlungen können wegen Wahnsinns, Blödsinns ꝛc. nur dann angefochten werden, wenn dieser Zustand eine Entmündigung zur Folge hatte, und derselbe zur Zeit der eingegangenen Rechtshandlungen vor der Entmündigung kundbar schon vorhanden war, S. 503.

3) Die Anfechtung einer voe erkannter Entmündigung oder Verbeiständigung eingegangenen Rechtshandlung erst nach dem Tode des Wahnsinnigen ꝛc. findet auch da, wo dee Wahnsinn ꝛc. zur Zeit der Rechtshandlung kundbar schon vorhanden war, nue insofern statt, als die Entmündigung noch vor dem Absterben des Wahnsinnigen ꝛc. eekannt odee wenigstens nachgesucht war, oder als der Beweis des Wahnsinns sich aus der angefochtenen Handlung selbst ergiebt. S. 504.

4) Fehlt es an den Voraussetzungen von Nr. 2 und 3., ist also im Falle Nr. 2 statt einer Entmündigung nur eine Verbeiständung nachgefolgt, oder weder eine Entmündigung noch eine Verbeiständung erwirkt worden, — oder ist im Falle Nr. 3 die Entmündigung nicht vor dem Tode des Wahnsinnigen ꝛc. wenigstens noch gesucht worden, noch auch der Wahnsinn aus dee Rechtshandlung selbst ersichtlich, — so kann der Beweis eines zur Zeit der Letztern schon bestandenen, eine Entmündigung odee Verbeiständigung begründenden, allgemeinen Seelenzustands — somit einer allgemeinen Rechtsunfähigkeit — zur Anfechtung der Rechtshandlung nicht genügen, sondern es ist darzuthun, daß der Schwachsinnige ꝛc. speziell bei der fragl. Rechtshandlung in einer Bewußtlosigkeit oder Willensunfreiheit sich befand, also in einem nach S. 1110., die Umstoßung begründenden, Irrthum oder in Folge eines gegen ihn verübten Betrugs (S. 1116 ꝛc.) oder Zwangs (S. 1111 ꝛc.) handelte.

D. Red.

II.

Ueber die sogenannten Liquid-Erkenntnisse.

(Annalen 7ter Jahrgang Nr. 16, 8tee Jahegang Nr. 27.)

Am 28sten März 1837 ist vor dem Amte B. ein Johann Lehmann von St. G. mit Joseph Jäkle von M. erschienen. Dee erstere machte den Vortrag: Joseph Jäkle schulde ihm füe geliefeete Uheen 370 fl.; er bitte, den Schuldner über die Richtigkeit diese Forderung zu Protocoll zu vernehmen, sodann ein Urtheil über die Liquidität derselben zu erlassen, und ihm eine Ausfertigung zum Eintrag in das Pfandbuch mitzutheilen. Joseph Jäkle erkläete: er anerkenne, daß er dem Kläger 370 fl. schulde; er habe daher ebensowenig gegen die Liquid-Erklärung der Forderung, als gegen den Eintrag in das Unterpfandsbuch etwas einzuwenden. —

Auf diese Verhandlung, welche nicht von dem im Eingange des Protokolls als Kl. aufgeführten Johann Lehmann, sondern von einem Lorenz Lehmann, sodann von

Digitized by Google

Joseph Jäkle unterzeichnet ist, erging sofort ohne Entscheidungsgründe das

Urtheil.

J. S. ꝛc. wird erkannt: Es sei die Forderung des Kl. ad 370 fl. für liquid zu erklären und der Beklagte in die Kosten zu verfällen.

Alles wörtlich und zwar getreulich und ohne Gefährde!

Obiges Urtheil wurde in das Unterpfandsbuch der Gemeinde M. eingetragen, jedoch ist in der Urtheils-Ausfertigung, sowie in dem Pfandbuch nicht Lorenz Lehmann, sondern Johann Lehmann als Kl. aufgeführt.

Als Joseph Jäkle im Jahre 1839 in Gant gerieth, so bat Lorenz Lehmann auf den Grund des obigen Urtheiles und des Eintrages desselben in das Pfandbuch um Befriedigung in dritter Ordnung aus dem Erlöse sämmtlicher Liegenschaften gebeten.

Das Amt Villingen hat aber durch Ganturtheil vom 28sten Jänner d. J. den Liquidanten Lorenz Lehmann in die 5te Ordnung gestellt, und zwar aus folgenden Gründen:

„Das richteeliche Unterpfandsrecht entsteht nach L.R.S. 2123 entweder durch Anerkennung der Unterschrift einer klagbaren Peivaturkunde oder durch ein richterliches Urtheil auf vorausgegangenen Rechtsstreit. Der erste Fall, die Anerkeunnug einer Privaturkunde nämlich, ist hier nicht vorhanden, sondern es wird das Pfandrecht vermöge eines richterlichen Urtheils geltend gemacht. Abgesehen jedoch davon, daß das oben erwähnte Urtheil keine Entscheidungs-Gründe enthält, somit schon in dieser Beziehung nichtig ist, §. 385 d. P.O., so hat dasselbe auch nicht die in §. 378 der P.O. bestimmten allgemeinen Formen eines Urtheils, namentlich nicht die Festsetzung einer Frist, innerhalb welcher die Schuld bezahlt werden muß, ja nicht einmal den Ausspeuch, daß der Bekl. die Schuld zu bezahlen habe. Dieses Uetheil enthält blos die Entscheidung, daß die Forderung des Kl. für liquid zu erklären und der Bekl. in die Kosten zu verfällen sey. Die P.O. kennt aber ein solches Liquid-Erkenntniß und die Formel „Liquid erklären" gar nicht. Das auf einen nicht widerſprochenen Zahlungsbefehl nach §. 723 erlassene Erkenntniß ist nichts weiteres als ein Versäumungs-Erkenntniß, wobei das im §. 720 bis 723 vorgeschriebene Verfahren zu beobachten ist, welches aber hier nicht eingehalten worden. Sodann hat der Ausdruck „Liquid" im Prozeßrechte nicht blos die Bedeutung, daß eine Forderung richtig und sofort zahlbar sei, soudern auch noch den Sinn, daß ein Anspruch klagbar, nämlich nicht der Art sei, daß er als zur Zeit unstatthaft verworfen werden müßte. Es ist somit durch ein Erkeuntniß, wodurch eine Forderung für liquid erklärt wird, noch gar nicht entschieden, als sei die Forderung in der Aet richtig, daß der Bekl. sie zu bezahlen habe. Da demnach ein so betiteltes Liquid-Erkenntniß kein Urtheil und auch sonst kein mit Urtheilskraft begabtes Erkenntniß ist, so kann es die Wirkungen eines Urtheiles nicht haben, also namentlich nicht das richteeliche Unterpfandsrecht. — Zudem erscheint sowohl in der Klage als in dem Uetheile und dem Pfandbuchs-Eintrag nicht Lorenz Lehmann, sondern Johann Lehmann als der Kläger, daher Liquidant nach L.R.S. 2148 jedenfalls kein Unterpfandsrecht anzusprechen hat."

Auf dagegen ergriffene Appellation wurde der Bescheid des Amtes Villingen durch das Hofgericht des Seekreises mit Urtheil vom 15. Sept. d. J. dahin abgeändert, daß Liquidant mit seiner Forderung von 370 fl. sammt den Zinsen in die dritte Ordnung zu setzen sei. Die Entscheidungsgründe sind folgende:

„Duech die von dem liquidantischen Anwalte in der Verhandlungstagfahrt gegebene Erläuterung und das Zugeständniß des liquidantischen Anwaltes ist es außer Zweifel gesetzt, daß die von dem Appellaten Lorenz Lehmann liquidirte Forderung die nämliche ist, welche der Gemeinschuldner bereits in der Verhandlung vom 28. März 1837 für erhaltene Uhren im Betrage von 370 fl. als richtig anerkannte. Für diese Fordeeung hat Liquidant deßwegen ein Vorzugsrecht in dritter Ordnung anzusprechen, weil er auf die von dem Schuldnee vor Gericht eefolgte Aerkennung der Schuld auf den Grund des §. 373 der P.O. ein Liquid-Erkenntniß erwiekte und dasselbe in das Unterpfandsbuch gehörig eintragen ließ. L.R.S. 2123. In gleicher Ordnung sind auch die gefordeeten Zinse zu lociren, da diese nach L.R.S. 2151 füe die zwei verflossenen und das laufende Jahr ein Vorzugsrecht genießen, und der Schuldnee die Verzinsung bei der Liquidation anerkannte. Deßwegen und hinsichtlich der Kosten in Gemäßheit des §§. 169 und 910 der P.O. mußte wie geschehen anerkannt werden."

Gegen diese Entscheidung des Hofgerichts dürfte einzuwenden sein:

1. Wenn auch im Laufe der Appellations-Verhandlung dargethan ward, daß Lorenz Lehmann der eigentliche Gläubiger und die Angabe des Joseph Lehmann in dem Protocoll vom 28. März 1837 und dem Pfandbuchs-Eintrage ein bloßer Schreibfehler ist, so steht dem liquidantischen Begehren um Befriedigung in dritter Ordnung die Bestimmung im L.R. S. 2148 Abh. 1. entgegen, und der Gerichtshof hätte daher jedenfalls über die noch bestrittene Frage ausdrücklich sich aussprechen sollen, ob der Name und Vorname des Gläubigees zu den wesentlichen Erfordernissen eines Eintrags in das Unterpfandsbuch gehöre oder nicht? †)

2. Liquidant Lorenz Lehmann hat auf den Grund des oben erwähnten Urtheils nicht, wie der Gerichtshof sich ausdrückt, ein Vorzugsrecht, soudern höchstens nur ein richteeliches Unterpfandsrecht anzusprechen. Vergl. L.R. S. 2114, 2117 mit 2095.

3. Nach §. 373. der P.O., auf welchen das Hofgericht hauptsächlich seine Entscheidung stützt, wird die Schuldigkeit zur Leistung dessen, was hinsichtlich der Verbindlichkeit hiezu nicht mehr streitig ist, nicht mittelst eines Liquid-Erkenutnisses, sondern mittelst besondern Zahlungsbefehls ausgesprochen. Ein richterliches Unterpfandsrecht entsteht abee nur duech ein Uetheil und nicht durch einen Zahlungsbefehl. L.R.S. 2123, und überdies hat das obenangeführte Urtheil nicht einmal die allgemeinen Erfordernisse eines unbedingten oder bedingten Zahlungsbefehls §§. 702. 721. der P.O. Wenn daher ein Liquid-Erkenntniß

†) M. s. über diese Frage: Bekk über die dinglichen Rechte an Liegenschaften ꝛc. S. 151.

Digitized by Google

sich auch rechtfertigen ließe, so kann dieses doch wahrlich durch Berufung auf §. 373. der P.O. geschehen! †)

Haager.

III.

Behändigung des Ganturtheils.

(Müller & Müller.)

(Vgl. Annalen 1841 Nr. 12.)

Das Hofgericht des Unterrheinkreises hat in Bezug auf Behändigung der Ganturtheile gegen die l. c. ausgesprochene Ansicht des Oberrheinischen Hofgerichts angenommen, daß wenn auch nicht die Vertheilungsbescheide, so doch die Ganturtheile der nicht erscheinenden Creditoren wenigstens quoad poss. cono. schriftlich zugestellt werden müssen. Das Urtheil wurde vor dem Erscheinen des betreffenden Annalenblatts verkündet und die Gründe lauten wie folgt:

Gegen die in diesee Sache ergriffene Berufung ist zunächst eingewendet worden, daß sie verspätet und deßwegen formell unzulässig sei.

Es wird zwar anerkannt, daß der Appellantin keine Ausfertigung des amtlichen Urtheils behändigt worden sei, wie es die Prozeßnovelle vorschreibt, allein es wird behauptet, daß diese Novelle auf die Eröffnung der Ganturtheile keine Anwendung leide, weil hiefür eine besondere Bestimmung in der Prozeßordnung enthalten und solche durch die Prozeßnovelle weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgehoben worden sei.

Wenn nun gleich der Satz seine volle Richtigkeit hat, daß spätere allgemeine Gesetze die früheren speziellen Gesetze nicht aufheben, so muß es sich doch vor Allem fragen, ob der §. 915. der Prozeßordnung ein specielles Gesetz sei?

Vergleicht man denselben mit den ursprünglichen Bestimmungen der Prozeßordnung über die Eröffnung der Urtheile, so zeigt sich ganz klar, daß dieser Paragraph nichts anderes enthält, als eine wörtliche Wiederholung der allgemeinen Regeln für einen speciellen Fall, wie solche Wiederholungen in der Prozeßordnung sehr häufig vorkommen.

Nun besteht aber das Wesen eines speciellen Gesetzes keineswegs darin, daß das Gesetzbuch einen ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz auf einen einzelnen Fall anwendet und so die Regel wiederholt, sondern es besteht darin, daß entweder gar keine allgemeine Regel besteht, oder für einen einzelnen Fall davon abgewichen wird, und hier kann allerdings die spätere allgemeine Regel das specielle Gesetz nicht aufheben.

Was dagegen nur ein einer Folgesatz einer älteren Regel ist, wie der §. 915. der P.O. fällt mit der Regel von selbst.

Landrecht Satz b*.

Thibaut Pandekten §. 39. (n. A. §. 41.)

Es ist auch überall kein Grund denkbar, warum die Abänderung der Novelle sich nicht auf Ganturtheile erstrecken sollte, denn die hiefür angegebene Beschwerlichkeit in der Ausführung kann schon darum kein Motiv gewesen sein, weil nach §. 916 schon vor der Novelle jeder Gläubiger berechtiget wae, eine Abschrift des Ganturtheils zu verlangen.

Endlich ist aber auch noch zu erwägen, daß der Art. 2. der Novelle ausdrücklich und speziell von dem Anfange der Nothfristen für die Berufung spricht, worüber der §. 915 nichts Ausdrückliches enthält, und wenn man daher den vom appellatischen Theil aufgestellten Satz durchführen wollte, müßte man gleichfalls zu einem entgegengesetzten Resultate gelangen, d. h. man müßte den Art. 384 b für ein spezielles und nicht für ein allgemeines Gesetz erklären.

Es kommt hiernach gar nicht daeauf an, ob die Bescheinigung über die Vorladung der Appellation zur Urtheilseröffnung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht oder nicht, oder ob die nur einen Tag vor der Publication erfolgte Vorladung eines auswärtigen Gläubigers zu derselben dem §. 228 gemäß sei?

Anmerkung. Die hiee angeführten Gründe gelten keineswegs auch für Vertheilungsbescheide und das Erkenntniß des oberrhein. Hofgerichts ist nach dee Meinung des Einsenders vollkommen richtig, somit es in Bezug auf Vertheilungsbescheide die Prozeßnovelle nicht anwendet, denn

a) Vertheilungsbescheide sind keine eigentlichen Urtheile, und

b) man braucht auch nur den §. 925 genau zu betrachten, um zu erkennen, daß hier ein spezielles Gesetz in obigem Sinn vorliegt. So weit aber in den Annalen l. c. die Ganturtheile selbst den Vertheilungsbescheiden in Ansehung der Publikation gleichgestellt werden, ist die Entscheidung des unterrhein. Hofgeeichts abweichend.

Stabel.

†) Wie aus den Worten; „nicht mehr streitig ist" — hervorgeht, handelt der §. 373. nur von dem Falle, wo ein anfänglich jedenfalls streitig gewesener Anspruch des Klägers im Laufe dee Verhandlung anerkannt wird. Davon, daß ein von Anfang an unstreitiger Anspruch zum Zweck einer bloßen Liquid-Erklärung vor Gericht gebeacht werde, weiß die P.O. nichts; es ist eine solche Konstatirung oder Beurkundung, daß der Schuldner eine Ferderung des Gläubigers anerkenne, nur Gegenstand der willkührlichen Gerichtsbarkeit. Nur übee streitige Rechte kann eine Entscheidung des Civilrichters verlangt oder dessen Zwangshülfe auch alsdann gesucht werden, wenn das Recht selbst zwar unbestritten ist, die demselben entsprechende Verbindlichkeit aber nicht erfüllt wird. Das bloße Begehren, den Bekl. über die Liquidität einer Forderung zu vernehmen und darüber sodann ein Urtheil zu geben, ist also unstatthaft, wenn nicht zugleich verlangt wird, daß der Bekl. verurtheilt weede, Zahlung zu leisten. — Erfolgte aber — ohne diese Voraussetzung — die Ladung, beziehungsweise die Vernehmung des Bekl. dennoch, und wurde darauf ein Urtheil gegeben, daß die Forderung des Kl. an den Bekl. liquid sei, so wird dieser Ausspruch, der nun einmal über das Rechtsverhältniß des Gläubigers zum Schuldner eine Bestimmung giebt, der Rechtskraft empfänglich sein und nach S. 2123 ein richterliches Pfandrecht begründen.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzlee Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 1. Mai 1841.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Steht dem kirchenbaupflichtigen Zehntherrn eine Klage auf Leistung der Hand- und Fuhrfrohnden gegen die Kirchspiels-Gemeinde zu?

Die Frage, ob der Zehntherr, dem in Ermanglung gehörig dotirter Kirchenfabriken oder Cassen die Baulast rücksichtlich der Kirchen- und Pfarrgebäude durch das Baudict vom 26. April 1808 auferlegt wird, in diesem Falle wegen der Hand- und Fuhrfrohnddienste gegen das Kirchspiel ein Klagrecht habe, ist eine gegenwärtig häufig vorkommende und daher sehr praktische, da sie nach dem Zehntablösungsgesetz (§. 73.) überall, wo auch gerade kein Baubedürfniß vorliegt, im Falle einer Bestrittenheit zugleich ihre Erledigung erhalten soll, damit da, wo der Zehntherr die Verbindlichkeit auf sich hat, bei Festsetzung des Lastenkapitals darauf Rücksicht genommen werden könne. Bei dem Hofgerichte des Oberrheinkreises sind im I. Senate allein in kurzer Zeit drei Fälle dieser Art zur Entscheidung gekommen. Jedesmal wurde dem als Kläger aufgetretenen Fiskus vom Kirchspiel die Legitimation zur Sache bestritten, immer aber von der Majorität des Senats der Fiskus als legitimirt angesehen, und nach Gestalt der Umstände in der Sache selbst erkannt. Ueberall war das Klagbegehren darauf gestellt: daß in Gemäßheit des §. 15. des Baudikts die Kirchspielsgemeinden für schuldig erkannt werden, die Frohnden zu leisten. Nur darin bestand eine Verschiedenheit, daß in einem Falle die Klage zugleich das Vorhandensein der Nothwendigkeit einer Baureparatur behauptete, während dies in den andern beiden Fällen nicht behauptet ward, das Begehren folglich in jenem Falle auch den veewürfigen Baufall speziell erfaßte. In jenem Falle wurde vom Gerichtshof auf Beweis erkannt, und zwar namentlich auch darüber, daß die Nothwendigkeit eines Baues vorhanden, d. h. von der kompetenten Administrativbehörde ausgesprochen sei. Die Verhandlungen sind noch im Lauf. In dem zuletzt vorgekommenen Falle (in Sachen des Fiskus gegen die Kirchspielsgemeinde zu Kippenheim), wo namentlich der klagende Fiskus als Veranlassung der Klage die Nothwendigkeit der gerichtlichen Entscheidung bei der im Werke begriffenen Zehntablösung angab und erklärte, daß er selbst für das Chor und den Thurm der Kirche, so wie für die Sakristei und die Pfarrhäuser beider Konfessionen baupflichtig sei, erging — mit Abänderung des dem Klagbegehren entsprechenden amtlichen Erkenntnisses — das hofgerichtliche Erkenntniß dahin: daß der Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen abzuweisen sei. Ueber das Urtheil waren hier alle Stimmen einig, nicht aber in den Gründen. Die von der Majorität adoptirten Entscheidungsgründe lauten wie folgt:

„Wenn das Baudikt festsetzt, daß in den Fällen, wo ein näherer Baupflichtiger gar nicht ausgemittelt ist, der Inhaber des Zehntrechts der Baulast an Kirchen und Pfarrhäusern zu bestreiten habe, und daß ihm in Erfüllung dieser Verbindlichkeit der Kirchspielsgemeinde durch Leistung der erforderlichen Hand- und Fuhrarbeiten in so lange unterstützen müsse, als sie nicht einen andern zu dieser Leistung Verpflichteten aufzubringen vermag, so ist damit zwar unstreitig dem baupflichtigen Zehntherrn das Recht eingeräumt, in dem Falle, wo wegen eingetretenen Baubedürfnisses die Kirche von ihm Leistung seiner Verbindlichkeit verlangt, seinerseits auch von der Kirchspielsgemeinde die nach der Natur der Sache nothwendige, gleichzeitige Mitleistung des Ihrigen zu verlangen. Keineswegs steht ihm aber dieses Recht, abgesehen von dem wirklichen Eintritt eines Baufalls als selbstständiges, dingliches Recht gegen die Kirchspielsgemeinde zu, theils weil die Frohndpflicht der Gemeinde nicht wie die Baulast des Zehntherrn auf einer Liegenschaft ruht, hauptsächlich aber, weil der Fiskus nicht vermöge der bloßen Inhabung der Liegenschaft eine bestimmte persönliche Leistung an die Gemeindebürger zu fordern hat, wie solches z. B. beim Baurecht der Fall ist,

Digitized by Google

sondern zu jenem Anspruch der Frohndleistung nur deßhalb und insoweit berechtigt ist, weil und inwiefern ihm bei eintretendem Baubedürfniß die Hülfe der Gemeinde zur Erfüllung seiner Bauverbindlichkeit nothwendig ist. Da nun aber wohl dingliche Rechte im Falle der Bestreitung durch den Verpflichteten, keineswegs aber persönliche durch eine bloße Anerkennungsklage verfolgt werden können, hier vielmehr das Klagbegehren, gestützt auf die erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen, auf wirkliche Leistung gerichtet sein muß, so erscheint die vorliegende Klage unstatthaft.

Der Umstand, daß aus Veranlassung des Zehntablösungsgeschäfts der klagende Fiskus ein Interesse hat, zu verlangen, daß entschieden werde, ob die Baulast in dem von der Kirchspielsgemeinde behaupteten Umfang, nämlich mit Einschluß der Hand- und Fuhrfrohnden auf seinem Zehnten hafte, kann hieran nichts ändern, und den Fiskus nur berechtigen, gegen die Kirchspielsgemeinde, wenn dieselbe solche dingliche Last gegen ihn anspricht, die Negatorienklage zu erheben."

Eine andere in der Minorität gebliebene Ansicht ging dahin, daß der Kläger zu der angestellten Klage gar nicht legitimirt und daher ohne allen Unterschied, ob ein Baufall vorliege, oder ob ohne Rücksicht auf einen solchen die Baupflicht, soweit sie in den Hand- und Fuhrarbeiten besteht, zum Behuf des Zehntablösungsgeschäfts richterlich ausgesprochen werden solle, zurückzuweisen sei.

Diese Ansicht beruht auf folgenden Gründen. Nur der kann in eigenem Namen einen rechtlichen Anspruch klagend verfolgen, zu dessen Gunsten dieser besteht. §. 88 der P.O. Offenbar sollen aber die im Gesetz (§. 15.) dem Kirchspiel auferlegten Frohnden eben so, wie der dem Zehntherrn (§. 7.) zugewiesene Antheil an der Baulast, der Kirche und ihren Zwecken, und nicht dem Zehntherrn, geleistet werden. Klagt daher der Zehntherr die Schuldigkeit des Kirchspiels ein, so klagt er auf das Recht eines andern (der Kirche), das könnte er aber nur, wenn er dazu Auftrag hätte, daß der abwechselnd im Baugesetz dem Zehntherrn beigelegte Name „Bauherr" an der klar und deutlich bestimmten Sache nichts ändere, wird keiner besondern Nachweisung bedürfen.

Der einzige für die Legitimation des Zehntherrn angeführte Grund, die Nothwendigkeit der gleichzeitigen Erfüllung der dem Kirchspiel obliegenden Schuldigkeit, ohne welche dem Zehntherrn die Erfüllung der seinigen unmöglich wäre, besteht erstens nicht und würde zweitens für sich noch keine Legitimation für den sonst nicht Legitimirten begründen. Rechtlich betrachtet, geschieht die Erfüllung zufolge der L.R.S. 1136, 1141, 1142 und 1181 bei einem vom Verpflichteten unabhängigen Hinderniße schon durch die Bereitwilligkeitserklärung dazu. Das Hinderniß wegzuräumen und dadurch dem Zehntherrn die faktische Erfüllung möglich zu machen, ist Sache des Berechtigten, hier der Kirche oder deren Stellvertreter, der Verwaltungsbehörden. Dem Zehntherrn erwächst dadurch keine Sachlegitimation, weil eine der Erfüllung einer Verbindlichkeit in den Weg tretende Thatsache — und eine solche ist die Verweigerung einer Schuldigkeit — gar keine Verbindlichkeiten dem Verhinderten gegenüber erzeugt, somit auch keine Rechte für denselben gegen den Hindernden schafft.

In einem der entschiedenen Fälle hat man sich zur Nachweisung der Legitimation noch insbesondere auf den Schlußsatz des §. 15 des Baugesetzes berufen. Allein aus der Bestimmung des Falles, wenn das Kirchspiel die fraglichen Arbeiten nicht zu leisten hat, wird man zur Begründung der Aktivlegitimation für den entgegengesetzten Fall, wenn das Kirchspiel solche zu leisten hat, um so weniger argumentiren können, als dieser Punkt darin gar nicht bestimmt, sondern die Legitimation zur Sache als vermöge ganz anderer, in dem Titel des Rechts liegender Gründe vorhanden vorausgesetzt wird. Jene Bestimmung steht als eine ganz singuläre für sich da, spricht von einer ganz anderen Frohndpflicht, nämlich von dem privatrechtlichen Frohndverhältniß zwischen dem Zehntherrn und andern Gemeinden als jenen des Kirchspiels; da kann allerdings die Aktivlegitimation des Zehntherrn keinem Zweifel unterliegen, wie solche jedem zukommt, welchem ein Recht gegeben ist. Hier handelt es sich um eine durch das Baugesetz, und zwar zum Vortheil nicht des Zehntherrn, sondern der Kirche geschaffene Frohndlast. Es möchte zu bezweifeln sein, ob diese dem öffentlichen Recht entflossene Verbindlichkeit überhaupt nur vor dem Civilrichter verfolgt werden könne. Der Zehntherr kann auch gar nie im Falle sein, diese Baulast gegen das Kirchspiel verfolgen zu müssen; er braucht nur seine Schuldigkeit in der oben bezeichneten Weise zu erfüllen; bleibt das Kirchspiel mit der seinigen im Rückstand, so wird die Verwaltungsbehörde dafür Sorge tragen, daß er das Letztere leiste und daß seine Obliegenheit auf dessen Kosten erfüllt werde. Selbst wenn das Kirchspiel sich in der Lage findet, die Verpflichtung eines andern, sei dies der Zehntherr, die Kirchenfabrik, oder wer sonst, nachweisen zu können (§. 15.), so muß es nach der Vorschrift des §. 4 des Ed. zunächst leisten oder zahlen, wofern der eigentliche Pflichtige sich weigert, und es bleibt ihm nur der Rückgriff auf diesen vorbehalten. Etwas anderes wäre es, wenn der Zehntherr die Arbeiten wirklich bestritten hätte, wo er dazu rechtlich nicht verbunden ist; in diesem Falle hätte er die Geschäfte des Kirchspiels und beziehungsweise des Pflichtigen geführt

Digitized by Google

und könnte darum nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung den Ersatz verlangen.

Der Grund der Abweisung, daß persönliche Rechte oder Verbindlichkeiten mit einer solchen Klage nicht verfolgt werden können, dürfte schwerlich haltbar sein. Man denke sich beispielsweise Fälle, wo Jemand vermöge Gesetz, Vertrag oder Halbvertrag eine Rente oder Sustentation zu entrichten hat, und seine ganze Verbindlichkeit bestreitet: wäre da das Begehren auf Verurtheilung zur Leistung in den durch den Vertrag ꝛc. bestimmten Verfallterminen nicht statthaft? Gerade von dieser Art ist auch das Begehren bei unserer Streitfrage, es geht auf Leistung in jedem einzelnen, vorkommenden Fall, weshalb auch eine „Anerkennungsklage" eigentlich nicht in Frage liegt. Wenn daher dem Zehntherrn bei einem vorliegenden einzelnen Baufall eine Klage gegen das Kirchspiel eingeräumt wird, so müßte ihm wohl konsequent auch die Klage auf die Summe der Leistungen in den jeweils eintretenden Fällen eingeräumt werden, zumal da der Zweifel: ob eine solche Klage nicht etwa als zur Zeit nicht statt findend zu verwerfen sei, wie in einem der besprochenen Fälle auch von dem Anwalt des Kirchspiels behauptet wurde, durch den §. 73. des Zehntablösungsgesetzes hier beseitigt ist.

Zentner.

II.

Zehntablösungsgesetz §. 53 bis 56.

(Vergl. Annalen 1840 Nr. 50.)

I. Hofgericht des Unterrheinkreises I. Senat.

Die Grundherrschaft von Wiser verlangte von der Gemeinde Großsachsen die Erfüllung eines Zehntablösungsvertrags und führte zur Begründung ihrer Klage an.

1) Die Gemeinde-Versammlung habe im Januar 1838 beschlossen, den Zehnten abzulösen und schon pro 1838 keinen mehr zu geben.
2) Der Gemeinderath und Bürgerausschuß habe deßhalb im Mai 1838 einen Vertrag mit der Grundherrschaft abgeschlossen, worauf
3) die Zehntentrichtung eingestellt worden sei.
4) Die Gemeinde verweigere demungeachtet die Erfüllung des Vertrags, weil die Finanzbehörde nicht zugestimmt habe, allein der Vertrag sei endgültig abgeschlossen und müsse daher erfüllt werden.

Die Vernehmlassung bestand im wesentlichen in einer Beabredung des thatsächlichen Vortrags und in Rechtsausführungen.

Der Unterrichter verwarf die Klage, und das Hofgericht bestätigte dieses Urtheil aus folgenden Gründen.

Der Zehnte ist nach L. R. S. 710 aa. eine Last, welche auf den Inhaber eines Grundstücks die Schuldigkeit bringt, einen Theil seiner Früchte zurückzulassen, und wenn daher der II. Abschnitt I. Titel des Ablösungsgesetzes vom 15. November 1833 von der Befugniß handelt, die Ablösung dieser Last zu begehren, so berührt dieses zunächst die Besitzer der zehntbaren Grundstücke, sowie nach §. 13. auch sie es sind, welche die zur Abführung des Ablösungscapitals erforderliche Summe zu bezahlen haben.

Nach §. 23. ibid kann jedoch die Gemeinde, deren Gemarkung mit einem Zehnten belastet ist, die Ablösung in der Art vermitteln, daß sie sich stets der Zehntpflichtigen dem Zehntberechtigten als Partei gegenüberstellt, und dieser hat es sofort nur mit der juristischen Person der Gemeinde und nicht mit den einzelnen Gutsbesitzern zu thun.

Die Gemeinde selbst tritt dadurch den Pflichtigen gegenüber in die Rechte des Zehntbeziehers ein, sofern nach §. 12 der Zehnte Behufs der Tilgung des Ablösungscapitals von den Zehntpflichtigen — bis diese erfolgt — fortzuentrichten ist, oder sie hat, wenn die Pflichtigen statt der Zehntentrichtung die Zahlung der Capitalbeiträge in Geld zu leisten haben — die in §. 16 für diesen Fall bezeichneten Rechte. (§. 26.)

Ein solcher Act der Gemeinde bezweckt demnach dem Zehntberechtigten gegenüber eine Rechtswandlung doppelter Art, eine Verwandlung der Schuld und des Schuldners L. R. S. 1271. (Abs. 1 und 2.)

Auf welche Art der Wille der Gemeinde, sich dem Zehentberechtigten als das ablösende Rechtssubject gegenüber zu stellen, erhoben und ausgesprochen werden soll, ist im IV. Titel des Gesetzes „A vom vorbereitenden Verfahren zur Zehntablösung" festgesetzt.

Es ist hiezu der bejahende Ausspruch einer Gemeindeversammlung nach den Erfordernissen des §. 37 der Gemeindeordnung nothwendig (§. 48).

Ist die bejahende Erklärung rechtsgültig erfolgt, so hat nach §. 49 der Gemeinderath weiter zu handeln, d. h. er ist kraft Gesetzes bevollmächtigt, für die Gemeinde diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche nöthig sind, um dem Berechtigten gegenüber das Ablösungscapital festzusetzen.

Zu diesem Zweck ist unter B. und C. die Art des weiteren Verfahrens vorgezeichnet, und es kann hiernach die Festsetzung des Ablösungscapitals auf zweierlei Weise geschehen, nämlich

1) durch ein gütliches Uebereinkommen, und
2) durch ein gerichtliches Verfahren.

Das Gesetz schreibt nicht vor, daß die Gemeindeversammlung auch darüber zu hören sei, welcher dieser We-

Digitized by Google

ge eingeschlagen werden soll, es überläßt vielmehr alles weitere Handeln dem Gemeinderath und verlangt überdies in §. 58, daß jedenfalls ein gütliches Uebereinkommen versucht werden müsse, woraus folgt, daß der Gemeinderath, nachdem die Gemeinde die Ablösung beschlossen hat, ermächtigt ist, sich gütlich mit dem Zehntberechtigten zu vereinigen, ohne zu den desfallsigen Unterhandlungen eine besondere Vollmacht von der Gemeindeversammlung zu bedürfen.

So lange übrigens das Zehntablösungscapital nicht endgültig festgesetzt ist, kann nach §. 25 der die Ablösung verlangende Theil von seinem Begehren überhaupt und also auch von der gütlichen Uebereinkunft wieder abgehen.

Da im vorliegenden Falle im Wesentlichen die Erfüllung eines gütlichen Uebereinkommens über die Festsetzung des Ablösungscapitals gegen die Gemeinde verlangt wird, die Gemeinde aber hievon nichts wissen will, so handelt es sich nebst der Thatfrage, ob die Gemeinde überhaupt die Ablösung zu vermitteln rechtsgültig beschlossen hat, darum, ob auch die angeblich in Folge dessen abgeschlossene Uebereinkunft nach Inhalt der Klage für die Gemeinde eine endgültige sei?

Was die Personen betrifft, welche zu der Endgültigkeit eines abgeschlossenen Uebereinkommens mitwirken müssen, so ist zur Einwilligung auf Seiten der Gemeinde nach §. 53 die Zustimmung des Gemeinderaths und des Bürgerausschusses erforderlich, also bedarf es der Einvernahme der Gemeindeversammlung nicht mehr.

Der §. 54 verfügt zwar, daß nach dem Eintreffen oder Ausbleiben der innerhalb 3 Monaten abzugebenden Staatserklärung auf Antrag der Bevollmächtigten „die Versammlung" zur Entscheidung der Sache vom Bürgermeister zu berufen sei; allein es ergiebt sich sowohl aus dem §. 53, als auch aus dem §. 54 (Abs. 1.) selbst, daß hier nicht die Gemeindeversammlung, sondern die Versammlung der unmittelbar vorher genannten Personen, d. h. des Gemeinderaths und Bürgerausschusses beziehungsweise der Zehntpflichtigen gemeint ist.

Es würde ja auch sonst ein Widerspruch zwischen den §§. 53 und 54 obwalten.

Wegen eben dieser Bestimmung des §. 54, welcher verfügt: daß nach Mittheilung des Vertrags an die Finanzbehörde und nach Abwartung ihres Benehmens über die Sache entschieden werden soll, — wird nun von Seiten des Unterrichters behauptet, daß ohne oder vor dieser Mittheilung kein endgültiger Vertrag abgeschlossen werden könne.

Dies ist insofern wahr, als der Gemeinderath und Bürgerausschuß durch das Gesetz nicht bevollmächtigt sind, vorher ihre endgültige Zustimmung zu ertheilen, und daß sie, wäre dieses doch der Fall, die Grenzen ihres Auftrags überschreiten würden, so daß die Gemeinde zufolge des Satzes 1998 des Landrechts den Vertrag nicht als endgültig anzuerkennen braucht.

Der Gesetzgeber hatte nämlich unzweifelhaft die Absicht, daß die Vertreter der Gemeinde zu ihrer bessern Instruktion das Benehmen der Staatsbehörden abwarten und erst nachher über die endgültige Zustimmung entscheiden sollen.

Wenn nun die Gemeindeversammlung die Ablösung beschließt, und als gesetzliche Folge dessen den Gemeinderath beauftragt, weiter zu handeln, ohne in Bezug auf die Art dieses Handelns etwas vom Gesetz Abweichendes zu bestimmen, so versteht es sich von selbst, daß diese Vollmacht sich nur dahin erstreckt, daß die Vertreter in der Weise handeln sollen, wie es das Gesetz im Interesse der Gemeinde vorschreibt, und wenn die Vorsteher der Gemeinde von diesem Verfahren ohne speciellen Auftrag abweichen, so überschreiten sie die durch das Gesetz ihnen vorgezeichneten Gränzen ihrer Vollmacht. Sie sollen in Ansehung des Zeitpunkts ihrer Zustimmung solche aus guten Gründen nicht eher ertheilen, als nachdem die Finanzbehörde vernommen ist, und geschieht es früher, so kann die Gemeinde sich auf den k. R. S. 1998. berufen.

Unrichtig ist es aber, wenn man aus jener Gesetzvorschrift ableiten will, daß die Gemeinde überhaupt unfähig sei, vorher einen endgültigen Vertrag abzuschließen. Die Finanzbehörde hat auf keine Weise das Interesse der Gemeinde obervormundschaftlich zu vertreten, sondern nur das Interesse des Staats, und daraus, daß ihr Benehmen auf die eben gedachte Weise von den Vertretern der Gemeinde abzuwarten ist, folgt keineswegs, daß auch die Gemeinde selbst nicht auf andere Weise, d. h. schon früher ungültig contrahiren, oder daß sie das ohne Rücksicht auf die Finanzbehörde Geschehene genehmigen kann.

Wenn nämlich nach den eigenen deutlichen Worten des Ablösungsgesetzes die Vertreter der Gemeinde nicht an den Willen der Staatsbehörden, sondern nur an das Abwarten ihrer Erklärung gebunden sind, mithin ihre Einwilligung in Ansehung des Zeitpunktes einer Beschränkung unterworfen ist, so muß es nothwendig in der Macht des Gewaltgebers liegen, die Vollmacht der Vertreter von dieser Beschränkung zu entbinden oder eine Ueberschreitung derselben nachträglich zu genehmigen, weil die Vertragsfreiheit der Gemeinde selbst nicht beschränkt ist.

Nach dem Anführen des Klägers ist nun die Finanzbehörde dem Ablösungsvertrage nicht beigetreten, auch ist nicht behauptet, daß nachher demungeachtet der Gemeinderath

Digitized by Google

und Bürgerausschuß den Vertrag ratificirt hätten, und die Gemeinde will ebendeßhalb, weil seit Einkunft dieser Erklärung beziehungsweise ungeachtet deeselben eine Ratification des Vertrags nicht erfolgt sei, diesen nicht als bindend anerkennen.

Es fragt sich zunächst, ob es überhaupt im Sinne des Vertrags vom 16. Mai 1838 liege, daß er alsbald und ohne weitere Brachtung des Benehmens der Staatsbehörden, sowie ohne spätere wiederholte Erklärung endgültig sein soll.

Daraus, daß alle diejenigen Personen, welche nach dem Eintreffen der Staatserklärung endgültig abschließen können, zu dem Vertrage vom 16. Mai 1838 mitgewirkt haben, und daß er nicht durch einzelnr Bevollmächtigte abgeschlossen wurdr, folgt offenbar noch nicht die Absicht jener Peesonen, gegen den Willen drs Gesetzes und der Gemeinde sogleich endgültig abzuschließen.

Es köante eine solche Absicht höchstens aus den Vertragsbestimmungen selbst und namentlich aus den §§. 2 und 3 gefolgert werden, weil hier verfügt ist, daß der Zehntbezug schon pro 1838 aufhöeen und an dessen Stelle die Verzinsung des Capitals treten soll, und weil nach den §§. 9, 10 und 56 drs Ablösungsgesetzes das Aufhören des Zehentbezugs resp. die dafür eintretende Capitalverzinsung ein endgültiges Uebereinkommen voraussetzt.

Da jedoch ein solcher endgültiger Abschluß, wie oben gezeigt, die Vollmacht der Gemeindeverteeter überschreiten würde, so wäre jenr Absicht als erwiesen vorausgesetzt, die Klage noch nicht begründet, sondrrn es müßte aus dem weiteen Inhalt derselben hervorgehen, daß die Gemrinde selbst eine solche Urberschrritung gewollt oder gutgrheißen hat.

Dieses ergiebt sich jedoch nicht aus der Klage. Es ist zwar behauptet woeden, die Gemeindeversammlung habr die Ablösung in der Art beschlossen, daß schon pro 1838 dee Zehntbezug aufhören soll, und sir habe auch, von dieser Zeit an, keinen Zehnten mehe rntrichtet. Wäre aber auch dieses eichtig und wollte man die Nichtentrichtung des Zehntens als rine factischr Erklärung der Gemeinde betrachten, während sie doch nue eine Handlung der zehentpflichtigen Güterbesitzee ist, welch' lrztere von der moralischen Person der Gemeinde als Veemittlerin der Ablösung wohl zu unterscheiden sind, — so könnte aus diesen Vorgängen nur so viel gefolgeet werden, daß die Gemeinde sich dadurch verbindlich gemacht hat,

a) den Zrhnten jedenfalls abzulösen und auf die Erlaubniß, von dee Ablösung überhaupt wieder abzustehen, zu verzichten. (§. 25.)

b) Dasjenige Kapital, welches auf gesetzmäßigem Wege, d. h. durch eine gütliche Uebereinkunft oder durch richterlichrs Verfahren endgültig festgesetzt wird, von 1838 an zu verzinsen, keineswegs aber läßt sich daraus die Folge ableitrn, daß die Gemeindeversammlung ihre Vertreter von der Einhaltung des gesetzlichen Vrrfahrens entbunden oder duech die Nichtentrichtung des Zehntens stillschwrigend erklärt hat, daß sie gerade diejenige Summe als Ablösungscapital anerkennen und verzinsen wolle, welchr dir Vertreter am 16. Mai 1838 ohne Beobachtung des gesetzlichen Verfahrens voreilig mit der Grundherrschaft ausgemacht haben mögen, und zwar um so weniger, als nicht einmal behauptet ist, daß jener Vertrag der Gemeindeversammlung eröffnet und auf den Grund desselben die Zehntentrichtung eingestellt worden ist.

Nun fordert aber die Grundherrschaft geeade dir Verzinsung des am 16. Mai 1838 angeblich festgesetzten Kapitals von 31,000 fl. an die Gemeinde, und wenn auch der §. 56 verfügt, daß mit dem Einstellen drs Zehntbezugs die Verzinsung des Capitals eintreten soll, so versteht es sich doch von selbst, daß das Gesetz hiee nur eine solche Einstellung der Zehntentrichtung vor Augen hatte, welche auf den Grund einer endgültigen Festsetzung des Ablösungscapitals eintritt, weil nach den §§. 9 u. 10 nur unter dieser Voraussetzung der Zehnte als eeloschen eingestellt und statt dessen dir Bezahlung der Zinsen anfangen soll.

Das Verfahren, welches nach §. 56 noch weiter rintreten muß, hat nicht mehr die Festsetzung des Ablösungscapitals zwischen der Gemeinde und dem Zehntberechtigten vor Augen, sondern nur die Ermittlung dee auf dem Zehenten haftenden Lasten, und es ist im Intereffe der Ansprüche Dritter angeordnet, daß das Ablösungscapital, obwohl es endgültig festgesetzt ist, dennoch nicht ausbezahlt werden soll, bis die hier vorgeschriebene Ausmittlung geschehrn ist. Keineswegs darf aber daraus der Schluß gezogen weeden, daß eine Zehnteinstellung auch die Pflicht zur Verzinsung eines nur provisoeisch festgesetzten Capitals zur Folge habe; denn das Gesetz hat offenbar füe den Fall, daß dee Zehnte vor endgültiger Festsetzung des Capitals schon eingestellt wird, in §. 56 keine Verfügung treffen wollen.

Es ist demnach die Klagr auf Erfüllung des Vertrags vom 16. Mai 1838 überhaupt, und insbesondrre das Brgehren, die Summe von 31,000 fl. von 1838 an zu verzinsen, nicht begründet, und darauf, ob die Grundherrschaft berechtigt ist, die Verzinsung des Capitals, sobald es endgültig festgesetzt ist, entwrder von der Gemeinde oder den Zehntpflichtigen als Ersatz für den nicht gelieferten Zehnten von

Digitized by Google

1838 an zu verlangen, kommt es in diesem Rechtsstreite nicht an, weßhalb, wie geschehen, erkannt wurde.

II. Dasselbe Hofgericht III. Senat hat in Sachen von Leiningen c. Kuprichhausen in einem ganz ähnlichen Falle eben so erkannt und in den Entscheidungsgründen ausgesprochen.

Die erhobene Klage stützt sich auf eine unter dem 7. April 1835 mit der beklagten Gemeinde abgeschlossene gütliche Uebereinkunft über die Ablösung des Zehntentheiles der klagenden Standesherrschaft in Kuprichhausen und ist sowohl auf die Anordnung der in dem Ablösungsgesetze vom 15ten November 1833 vorgeschriebenen förmlichen Ausfertigung des Ablösungsvertrags, als auch zugleich auf Vollzug desselben gerichtet. Das gestellte Klagbegehren geht indessen nach Landrechtsatz 1340 b in Verbindung mit dem §. 56 des Zehntablösungsgesetzes jedenfalls zu weit, indem die Ausfertigung der Urkunde und zugleich die Zahlung des Ablösungscapitals verlangt wird, während die erstere nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes der letzteren vorausgehen soll und die Verabfolgung des Zehntablösungscapitals bedingt, in einem solchen Falle aber nach dem angeführten Landrechtsatz nicht auf förmliche Ausfertigung und Vollzug zugleich geklagt werden kann.

Zur Begründung der Klage, in so fern sie auf förmliche Ausfertigung der abgeschlossenen gütlichen Zehntablösungsübereinkunft gerichtet ist, wird aber die Rechtsgültigkeit der letztern nach den hierüber vorliegenden gesetzlichen Vorschriften erfordert, und diese sind nach den Akten des Bezirksamts über die fragliche Zehntablösung, auf welche sich der klagende Theil berufen hat, nicht eingehalten. Es soll nämlich nach §. 54 des Gesetzes, wenn die Erklärung der Finanzbehörde über das gütliche Uebereinkommen erfolgt, oder die hierzu anberaumte Frist umlaufen, auch die Ratification der Zehntpflichtigen eingeholt werden, und es ist nach §. 55 der Ablösungsvertrag auch für die Zehntpflichtigen nur verbindlich, wenn sie die Ratification in der durch den §. 54 vorgeschriebenen Art gegeben haben.

Das Bezirksamt hat es nun aber unterlassen, nachdem die Frist zur Erklärung von der Finanzbehörde versäumt war, den Gemeinderath und Bürgerausschuß davon in Kenntniß zu setzen und seine Ratification einzuholen, und es kann daher zur Zeit bei dem Mangel dieser Ratification, welche im vorliegenden Falle nicht stillschweigend ertheilt werden konnte, nach §. 53 und 55 des Ablösungsgesetzes das am 7. April 1835 getroffene gütliche Uebereinkommen nicht als rechtsgültig betrachtet werden.

Ueberdies steht aber dem Begehren des klagenden Theils die Bestimmung des §. 56 des Ablösungsgesetzes entgegen, nach welchem die förmliche Ausfertigung erst geschehen kann, wenn wegen Uebernahme der auf dem Zehnten etwa haftenden privatrechtlichen Lasten gütliches Uebereinkommen oder eine Bestimmung über dieselben nach Vorschrift des Gesetzes stattgefunden hat, auch wegen etwaiger Ansprüche Dritter die Vorschriften der §§. 74, 77 beobachtet worden sind.

Wegen der ersteren enthält der Klagvertrag eben so wenig etwas, wie hinsichtlich der Beobachtung der letzteren, und es könnte daher auch aus diesem Grunde das Klagbegehren zur Zeit nicht statt gegeben werden.

Hiernach und nach Ansicht des §. 139 der Prozeßordnung, den Kostenpunkt betreffend, wurde, wie geschehen, erkannt.

III. Oberhofgericht.

Dieses bestätigte in der Hauptsache das hofgerichtliche Erkenntniß sub II. unter Adoption der Gründe desselben. Hinsichtlich der Zinse wurde aber die Gemeinde verurtheilt, und zwar aus folgendem Grunde:

Was dagegen die Zinsforderung betrifft, so ist, nachdem das Zehntablösungscapital durch gütliche Uebereinkunft bestimmt und der Zehntbezug sistirt wurde, zu Folge §. 10, 56 und 68 des Zehntablösungsgesetzes von 1833 die Gemeinde jetzt schon schuldig, gedachtes Capital zu verzinsen.

Es konnte deshalb nicht nach Maaßgabe der Prozeßordnung §. 1238 remissorie, sondern mußte nach §. 1223 aus dem Grund definitiv erkannt werden, weil unter den Theilen nicht die Verpflichtung der Gemeinde zur Zahlung dieses Zinses, sondern allein die Frage streitig geworden ist, ob die Gemeinde jetzt schon zur Zinszahlung verpflichtet sei, in welcher Beziehung das hofgerichtliche Erkenntniß als definitives erscheint.

Anmerkung. Vergleicht man die hier und in den Annalen l. c. von der Redaktion aufgestellten Ansichten, so ist

1) in der sub I. angeführten Entscheidung die Vertragsfreiheit der Gemeinden in gleicher Weise wie von der Redaction anerkannt, allein diese Freiheit ist nur der Gemeinde selbst, nicht aber auch deren Vertreter — Gemeinderath und Bürgerausschuß — zugestanden, wenn sie nicht eine vom Gesetz abweichende Vollmacht empfangen haben.

2) Die Entscheidungen sub II. und III. sprechen sich nicht deutlich darüber aus, ob dort die Unmöglichkeit eines früheren endgültigen Abschlusses im Allgemeinen oder nur in Rücksicht auf die Bevollmächtigten angenommen wurde.

Dagegen scheint

3) allgemein ausgesprochen, daß eine stillschweigende Einwilligung oder Ratihabition von Seiten der Gemeinde nicht möglich sei.

Digitized by Google

Was endlich

4) die Auslegung des § 56 in Ansehung der Zinszahlung betrifft, so scheint das Oberhofgericht angenommen zu haben, daß die Zehnteinstellung, auch wenn sie vor endgültiger Festsetzung des Ablösungscapitals erfolge, dennoch die Verbindlichkeit der Verzinsung des nur provisorisch festgesetzten Capitals herbeiführe, was in der Entscheidung sub 1. weder auf den Grund des §. 56 noch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen als richtig anerkannt wurde.

Wenn der Zehntberechtigte die Einstellung vor endgültiger Festsetzung zuläßt, und deßhalb die Zinse etwa nicht sogleich erhält, weil deren Größe noch nicht ermittelt ist, so ist dieß nach der Entscheidung sub 1. seiner eigenen Schuld zuzuschreiben, keineswegs aber verliert er deßhalb seinen Anspruch auf gesetzmäßige Vergütung.

Stabel.

III.

Ueber die gerichtliche Verfolgung der Staats-Beamten wegen in Dienst begangener Injurien.

Seibert gegen Heß.

In einem Dienstberichte vom 2. März 1840 sollte sich ein Amtsrevisor gegen mehrere Gemeinde-Beamte der Ehrenkränkung schuldig gemacht haben, worüber eine Anklage bei dem Hofgerichte anhängig gemacht worden ist.

Nachdem nun durch hofgerichtlichen Beschluß vom 18ten September 1840 ein Commissair zur Vornahme der Untersuchung ernannt und von diesem bereits Tagfahrt anberaumt worden war, sah sich die Kreisregierung auf Vorstellung des Angeklagten veranlaßt, Einsprache bei dem Gerichtshof zu erheben, die einstweilige Sistirung alles weiteren Verfahrens zu gesinnen und zu diesem Behufe folgendes anzuführen: „Da der Bericht des Amtsrevisorats, welcher den Gegenstand der Injurienklage bilde, ein Dienstbericht sei, so habe der Amtsrevisor nicht früher in gerichtliche Untersuchung genommen werden können, als bis er von seiner Dienstbehörde vor Gericht gestellt gewesen sei. Die Frage: ob ein Verwaltungsbeamter wegen seiner Diensthandlungen vor dem Gericht belangt und ob diesem demnach eine Cognition über die Verwaltungsgegenstände früher eingeräumt werden könne, als die Dienstbehörde über solche Handlungen eine Entscheidung gegeben habe, sei schon öfter angeregt und in einem S. 327 der Annalen der Bad. Gerichte, I. Jahrgang abgedruckten Fall von höchstpr. Staatsministerium dahin entschieden worden, daß es der Dienstbehörde zustehe, über die Stellung des Dieners vor Gericht zu erkennen ꝛc.“

Dessenungeachtet beharrte das Hofgericht bei seiner vorderen Verfügung, da hier kein Dienstvergehen, sondern ein gemeines Vergehen vorliege, auch die angerufene Staatsministerialentschließung nur auf Entschädigungsansprüche wegen Diensthandlungen sich beziehe.

Hierauf erhob die Kreisregierung einen Competenzconflict, in Folge dessen die Akten mit Bezug auf den §. 5 des Ehrenkränkungsgesetzes und den in den Annalen VI. Jahrg. S. 103 enthaltenen Fall, an das Gr. Justizministerium eingesendet wurden.

Unterm 3ten März l. J. erfolgte sodann eine höchste Staatsministerialentschließung, wodurch der hofgerichtliche Beschluß vom 18ten September v. J. als zur Zeit incompetent erlassen wieder aufgehoben und das Gr. Ministerium des Innern beauftragt worden ist, in Gemäßheit höchster Staatsministerial-Entschließung vom 31. Aug. v. J. Nr. 1532 vorerst über die Frage zu entscheiden: ob der Angeklagte in seinem Berichte vom 2. März v. J. sich einer Ueberschreitung der Gränzen pflichthafter Aeußerung schuldig gemacht habe und daher der gerichtlichen Verfolgung zu überlassen sei oder nicht?

Anmerkung. Daß der Gesetzgeber die Injurien, welche sich Staatsbeamte, Officiere ꝛc. bei Amtsverrichtungen zu Schulden kommen lassen, der gerichtlichen Verfolgung nicht entziehen wollte, geht aus dem §. 5 des Ehrenkränkungsgesetzes unzweideutig hervor. Dergleichen Injurien sind eben so mit einer Strafschärfung bedroht, als wenn sie umgekehrt an Staatsbeamten, Officieren ꝛc. bei einer Amtsverrichtung verübt werden. Eben so unzweifelhaft ist es, daß ein Staatsbeamter ꝛc. wegen Injurien, deren er sich außerhalb des Dienstes schuldig macht, wie jede Privatperson vor den Gerichten belangt werden kann.

Die Letzteren werden daher, wenn ihre Zuständigkeit sonst unbeanstandet ist, auch befugt sein, gegen einen wegen Ehrenkränkung oder Verleumdung angeklagten Beamten in so lange zu procediren, bis durch die Erhebung eines Competenzconflicts ihre Thätigkeit gehemmt wird; da wohl nicht zu bezweifeln sein dürfte, daß der Beleidigte nur den Richter anzugehen, und nicht erst die Ermächtigung der vorgesetzten Dienstbehörde des Beleidigers zur Anklage einzuholen hat. Daraus scheint denn weiter zu folgen, daß überall, wo der angeklagte Beamte sich, ohne Einsprache, auf die Anklage vernehmen läßt, die gerichtliche Procedur, wie in jeder anderen Ehrenbeschränkungssache, ihren Fortgang nehmen muß.

Ich bin demnach der Ansicht, daß in obigem Falle die hofgerichtliche Einschreitung bis zu dem Augenblicke, wo der Competenz-Conflict erhoben wurde, den Gesetzen gemäß war, weil der Richter auf Einkunft der Anklage

Digitized by Google

vorerst nur zu prüfen hat, ob Grund zur gerichtlichen Verfolgung des angezeigten Verbrechens oder Vergehens vorhanden ist oder nicht?

Nachdem aber der Angeklagte die Einlassung verweigert und den Competenzconflict angeregt hatte, mußte das gerichtliche Verfahren sistirt werden. †)

IV.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Die Rechtskraft des Urtheils wird durch den binnen acht Tagen eingereichten Ergänzungs-Antrag der einen Partei für beide Parteien aufgeschoben.

Pr. Ordn. §. 1163.

Feitz Kaufmann von Schallbach klagte gegen Johann Jakob Reinert von da verschiedene Forderungen beim Bezirks-Amte Lörrach ein, welches unterm 2ten August 1839 den Beklagten zur Zahlung mehrerer Schuldposten nach dem Antrag des Klägers verfällte, hingegen über einen Posten von 395 fl. 17 kr, obgleich solcher ebenfalls spruchreif verhandelt war, gar nicht erkannte. Wegen dieses übergangenen Streitpunktes reichte der Anwalt des Klägers einen Ergänzungsantrag ein, worauf das Amt durch einen ergänzenden Bescheid vom 26sten September den Beklagten auch zur Zahlung jenes übersehenen Postens verurtheilte.

Gegen beide Urtheile appellirte der Beklagte, und bei der Prüfung der Rechtgültigkeit der Appellation gegen das erste Urtheil bot sich ein Bedenken über die Auslegung des §. 1163 der P.O. dar.

Der Beklagte, welchem das Haupturtheil am 27sten August zugestellt war, hatte die Appellation dagegen erst am 20sten September angemeldet, und die Beschwerdeschrift erst am 9ten November eingereicht, somit die beiden Nothfristen der §. 1187 und 1195 der P.O. versäumt. Allein es war jener Ergänzungsantrag des Klägers in den ersten acht Tagen nach der Verkündung des Haupturtheils übergeben, und das Ergänzungsurtheil dem Beklagten erst am 8ten Oktober behändigt, folglich die Frist gewährt, wenn der §. 1163 der Pr.O. den Fristenlauf und die Rechtskraft nicht blos für den Antragsteller, sondern auch für die Gegenpartei suspendirt.

Gegen die Bejahung dieser Frage, von welcher das Schicksal der Appellation hier abding, erhob sich zwar der Zweifel, ob der Beklagte durch seinen Ergänzungsantrag die Rechtskraft des sonst völlig seinem Gesuch entsprechenden Haupturtheils zu Gunsten seines unthätigen Gegners aufgeschoben, und diesem ein Rechtsmittel bewahrt habe, welches für denselben durch die Versäumung der Fristen verloren gewesen wäre, während doch der Ergänzungsantrag gegen das Haupturtheil, gleichsam die Stelle der Appellations-Anmeldung vertretend (v. Weiler Motive S. 109. 110), die Rechtskraft desselben nach den sonst im Prozeßrecht herrschenden Grundsätzen über die Wirkung der Parteianträge und namentlich der Rechtsmittel nur für den Antragsteller aufschieben sollte.

Durch hofgerichtliches Urtheil vom 14ten Februar 1840 entschied man sich jedoch für die Zulässigkeit der Appellation, indem in Erwägung gezogen wurde, daß die allgemeine, keine Unterscheidung gestattende Fassung des §. 1163, so wie der Zweck des Gesetzgebers die Vervielfältigung der Prozesse zu vermeiden (v. Weiler l. c.), für beide Parteien spreche, daß ein Ergänzungsurtheil, obgleich solches, verschieden von der nur den Sinn eines dunkeln, zweideutigen oder widersprechenden Urtheils ausdrückenden Erläuterung (Linde, Lehre von den Rechtsmitteln I. §. 14—17), eine selbstständige, neue Entscheidung bilde, dennoch mit dem Haupturtheil in gewisser Verbindung stehe, insbesondere auch für den Gegner den Entschluß zur Appellation gegen dieses Urtheil motiviren könne, bei welchem er ohne das nachgefolgte ergänzende Erkenntniß über den weitern Streitpunkt sich beruhigt haben würde, daß endlich bei anderer Auslegung durch eine Theilung der Streitsumme, wie sie durch das Uebergehen eines Streitpunktes resp. durch eine ohne gesetzlichen Grund getrennte Entscheidung über einzelne Theile des Streitgegenstandes entsteht, folglich durch einen Mißgriff des Unterrichtees der Gegenpartei des Antragstellers die Appellationssumme somit die Befugniß zur Ergreifung eines Rechtsmittels widerrechtlich entzogen werden könnte, was bei einem nach der achttägigen Frist angebrachten Ergänzungs-Gesuch doch nur mit gleicher Wirkung für beide Parteien möglich sei.

Den Parteien und Anwälten wird übrigens die Vorsicht gerathen, im Fall des §. 1162 der Pr.O. einen Ergänzungsantrag zu einem Urtheil, welches außer der Uebergehung eines Streitpunktes ihnen günstig ist, nicht in den ersten acht Tagen nach der Verkündung des Haupturtheils zu stellen, damit sie dessen Rechtskraft nicht zu eignem Nachtheil aufschieben.

Woll.

†) Die Staatsministerial-Entscheidung vom 3ten März d. J. beruht übrigens auf einer entgegengesetzten Ansicht. Ehrenkränkungen, welche von einem öffentlichen Diener in seinem Dienste, also mit Mißbrauch seines Amts, verübt wurden, erscheinen eben dadurch als Dienstvergehen. Zur gerichtlichen Untersuchung von Dienstvergehen ist aber nach der Verordnung vom 3. Aug. 1804 (R.Bl. Nr. 45) erneuert im §. 5 der Erläuterungen von 1812, so wie nach dem §. 16 des Staatsdiener-Edikts und nach dem Art. II. h der Verordnung vom 11. Nov. 1821 (R.Bl. pag. 136) die Stellung vor Gericht durch die Dienstbehörde erforderlich, also ist bei Vergehen, die nur auf Anklage des Verlangten verfolgt werden, insofern sie im Amte verübt sind, außer jener Anklage auch die Ermächtigung der Dienstbehörde nöthig. Nach dieser Ansicht sind schon mehrere Entscheidungen des Staatsministeriums ergangen.

D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 19. Karlsruhe den 8. Mai 1841.

I.

Rechtsfall, verhandelt und entschieden von dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises.

Die Kinder erster Ehe der Apalonia Armbruster klagten nach dem Tode ihrer Mutter gegen ihren Stiefvater, Nebenbauer Armbruster in Seebach, wegen Verheimlichung von Vermögensstücken bei der Inventur der Verlassenschaft seiner Ehefrau, und stellten das Begehren: das Amt wolle erkennen, Beklagter sei schuldig, den Offenbarungseid dahin auszuschwören, daß er Alles, was zur Verlassenschaftsmasse der verstorbenen Apalonia Armbruster von Schapbach gehöre und etwa noch nicht angegeben sei, vollständig und getreulich angeben wolle.

Das Großherzogliche Amt Wolfach erkannte auch auf gepflogene Verhandlungen nach dem Klagbegehren und das Hofgericht des Mittelrheinkreises, an welches die Sache im Wege der Appellation zur oberrichterlichen Entscheidung gelangt war, bestätigte den unterrichterlichen Bescheid.

Dies hofgerichtliche Urtheil erwuchs, da die Oberappellation zwar ergriffen, aber nicht ausgeführt wurde, in Rechtskraft; die Akten gingen daher an das Amt zum Vollzug desselben zurück, und diese Stelle beraumte alsbald auf Kläger'sches Anrufen Tagfahrt zur Eidesableistung an.

In dieser Tagfahrt erschien jedoch der Beklagte nicht, weßhalb auf den Antrag der Kläger durch Versäumungserkenntniß ausgesprochen wurde: der dem Beklagten Johann Georg Armbruster von Seebach auferlegte Offenbarungseid sei von ihm als verweigert anzunehmen, und nach Umfluß der 14tägigen Wiederherstellungsfrist auf geeigneten Antrag das weiter Rechtliche zu verfügen.

Im Laufe der Wiederherstellungsfrist reichte der Beklagte ein schriftliches Restitutionsgesuch ein, worin er um Wiederherstellung und Anberaumung einer andern Tagfahrt zur Eidesabnahme bat. Das Amt erkannte sofort die Wiederherstellung; die Kläger aber appellirten hingegen auf den Grund der Unförmlichkeit des Wiederherstellungsgesuches an das mittelrheinische Hofgericht und stellten die Bitte: unter Aufhebung des unterrichterlichen die Restitution erkennenden Beschlusses die vom Beklagten nachgesuchte Wiederherstellung zu verwerfen.

Das Hofgericht verfügte sofort auf die Beschwerdeschrift: Da sich weder aus dem Appellationslibelle noch aus den Akten die Statthaftigkeit der eingelegten Berufung ergebe, so werde der appellantische Anwalt zu deren Nachweisung vorgeladen.

Nach gepflogenen Verhandlungen über die Statthaftigkeit der Appellation erkannte nun der erwähnte Gerichtshof: es sei die eingelegte Berufung als unstatthaft zu verwerfen.

Diese oberrichterliche Entscheidung, welche lediglich auf den Bestimmungen des XXX. Titels unserer Prozeßordnung und des Art. 5 der Prozeßnovelle vom 3. August 1837 beruht, möchte in Folgendem ihre Widerlegung finden.

Unsere P.O. enthält keine Bestimmung über die, man darf wohl sagen, wichtige Frage, wie eine Parthei sich gegen ein sie beschwerendes Wiederherstellungserkenntniß schützen könne, welches zu Folge des Vollzugs eines rechtskräftigen Urtheils *) ergeht, wogegen die säumige Parthei

*) Mir scheint, daß zum Vollzuge eines rechtskräftigen Urtheils kein Versäumungserkenntniß stattfinde. Wird der Vollzug versäumt, so tritt das Vollstreckungsverfahren ein, jedes Vollstreckungsmittel kann aber durch nachträgliche Folgeleistung, ohne daß es einer Wiederherstellung bedürfte, wieder gut gemacht werden. Bei dem Offenbarungseid besteht die Vollstreckung nach §. 651 der P.O. in der Einsperrung desjenigen, der den Eid leisten sollte, in ein Gefängniß. Diese Einsperrung kann er aber auch nach Umlauf der anberaumten Frist noch abwenden, wenn er sich nachträglich zur Eidesleistung bereit erklärt. Hat der Gegner wegen des Verheimlichten oder Vorenthaltenen etwa eine Entschädigungsforderung erhoben, und nun nach §. 652 hinsichtlich des Schadens um Zulassung zum Schätzungseide gebeten, weil der Beklagte den ihm auferlegten Offenbarungseid nicht geschworen habe, so handelt es sich nicht blos um Vollzug des Urtheils über den Offenbarungseid, sondern es handelt sich um eine Prozeßhandlung, welche im Rechtsstreit über die Entschädigung vorgenommen werden soll. Die Versäumung dieser Prozeßhandlung muß ein Versäumungserkenntniß zur Folge haben,

Digitized by Google

aber Wiederherstellung nachsucht und sie erhält; es spricht vielmehr unsre Prozeßrecht in dem XXX. der P.O. lediglich nur von Versäumungserkenntnissen, die im Laufe der Verhandlungen in einem Rechtsstreit, also vor erlassenem Endurtheile ergehen, und eben so beschränkt sich auch die Prozeßnovelle nur auf Versäumungserkenntnisse dieser Art.

Der §. 672 der P.O läßt kein Rechtsmittel gegen den Beschluß zu, wodurch die Wiederherstellung erkannt wird, außer in Verbindung mit dem Rechtsmittel, welches gegen das Endurtheil in der Hauptsache ergriffen wird; und in der Prozeßnovelle (§. 5) findet diese prozessualische Bestimmung ihre Bestätigung.

Der Gesetzgeber fühlte demnach sehr gut, daß es Fälle geben könne und müsse, in welchem das Erkennen der Wiederherstellung beschwerend ist, und daß in solchen Fällen den Beschwerten ein Vertheidigungs-, beziehungsweise Schutzmittel durch das Gesetz gegeben werden müsse.

Dieses Schutzmittel glaubte die Gesetzgebung darin zu finden, daß sie in Verbindung mit dem Rechtsmittel gegen das Endurtheil die Beschwerde gegen den die Restitution erkennenden Beschluß zuläßt. Hiedurch wird auch in der Regel der Zweck erreicht und zugleich frivolen Verschleifungen der Prozesse vorgebeugt; allgemein durchgreifend und Schutzgewährend aber ist diese Bestimmung nicht; sie konnte es auch nicht wohl sein, weil die Gesetzgebung nicht allen möglichen Fällen vorsehen kann; dagegen aber für nicht vorgesehene Fälle, Alles in das richterliche, dem Geiste des Gesetzes entsprechende Ermessen setzt; denn unbestreitbar hat jede positive Gesetzgebung Lücken, welche auszufüllen, die Aufgaben der Rechtsgelehrten ist, indem sie durch Vergleichung gesetzlicher Bestimmungen, durch Eindringen in den Geist des Gesetzes und folgeweise durch Bildung einer festen Praxis in Fällen, wo das Gesetz schweigt, zu wirken haben.

In solchen Fällen nun, wo das Gesetz durch ausdrückliche Bestimmungen den Richter verläßt, hat er bekanntlich zunächst auf die Rechtsähnlichkeit und die Hilfsrechte zu greifen, und wo ihn auch diese verlassen, auf den Geist des Gesetzes, welcher ihm ohnedieß stets über dem dürren Buchstaben stehen muß. Ueber den Fall, welcher den Gegenstand dieses Aufsatzes bildet, ist nun im Gesetze nichts bestimmt, und weder die Rechtsähnlichkeit, noch die Hilfsrechte unterstützen den urtheilenden Richter, der Geist des Gesetzes allein muß sein Urtheil bestimmen.

Die P. O. spricht nämlich lediglich von der Wiederherstellung im Laufe der Verhandlungen und von endlicher Entscheidung; von Restitutionen, die möglicherweise, wie unser Fall zeigt, nach rechtskräftig entschiedener Sache vorkommen können, schweigt sie.

Aus dem Geiste des Gesetzes hinsichtlich seiner Bestimmungen über die Restitutionen erster Art ergiebt sich nun, daß es nicht in der Absicht der Gesetzgebung lag, und auch vernünftiger Weise nicht darin liegen konnte, dem durch ein Wiederherstellungs-Erkenntniß Beschwerten, wenn solches in Folge des Vollzugs eines rechtskräftigen Urtheils erlassen wurde, jedes Rechtsmittel zu Abwendung der Rechtsverletzung zu entziehen. Es liegt dieß in dem Geiste des Gesetzes nach dem obersten Rechtsgrundsatze der Gleichheit der Rechte der Partheien vor dem Richter und Gesetze; diese Gleichheit wird aber geradezu aufgehoben, wenn man kein Rechtsmittel gegen Restitutionen gibt, gegen welche man in Verbindung mit der Appellation gegen das Endurtheil in der Hauptsache, eben weil die Hauptsache schon rechtskräftig entschieden ist, sich nicht mehr auf diesem Wege beschweren kann. Diese Gleichheit wird in dem gegebenen Falle deßhalb aufgehoben, weil die rechtlichen Folgen aus der Einhaltung der Förmlichkeiten im Prozesse, sie mögen Vortheile für die einen, oder folgeweise Nachtheile für die andern gewähren, unter den streitenden Partheien gemeinschaftlich sind und sein müssen. Wenn also das Gesetz einer Parthei das Recht einräumt eine versäumte Prozeßhandlung nur unter Einhaltung gewisser Förmlichkeiten nachzuholen, und dadurch die Nachtheile der Versäumniß für sich wieder zu heben, die für den Gegner aber daraus erwachsenen oder erwachsenden Vortheile niederzuschlagen; dann muß folgerichtig auch das Recht der Gegenparthei fest stehen, darüber zu wachen, daß der Säumige nur in der gesetzlichen Form ihr die Rechte entziehe, welche kraft Gesetzes aus der Versäumniß für sie erwachsen sind, und demnach in so lange zu Recht bestehen, bis sie auf gesetzliche Weise ihr wieder entzogen werden.

Jedem Rechte muß aber auch bekanntlich im Staate ein Schutzmittel gegeben sein. Dieses Schutzmittel ist in dem vorliegenden Falle die Appellation, weil das Amt die Wiederherstellung erkannt hat, sein Erkenntniß aber nicht selbst wieder aufheben kann.

Aus dem §. 672 der P. O. in Verbindung mit §. 5

---

welches nach §. 652 die Zulassung zum Schätzungseid ausspricht, und gegen dieses Versäumungserkenntniß findet ohne Zweifel ein Wiederherstellungsgesuch statt. Ist aber noch kein Entschädigungsstreit anhängig, in welchem ein solches Versäumungserkenntniß ergienge, so wüßte ich nicht, was für einen Rechtsnachtheil das Versäumungserkenntniß des Amts W. hätte aussprechen können, denn das Erkenntniß auf Gefängniß (§. 651) ist nur ein Vollstreckungsmittel, kann also auch ohne Wiederherstellung durch Leistung des Offenbarungseides eben so wieder abgewendet werden, wie ein Zugriffserkenntniß nach umlaufener Frist durch wirkliche Zahlung (ohne Wiederherstellungsgesuch) immer wieder abgewendet wird.

D. Red.

Digitized by Google

der Prozeßnovelle folgt auch die Unstatthaftigkeit dieser Appellation deshalb nicht, weil diese Gesetzesstelle, sowie überhaupt der XXX. Titel der P. O. nur von den im Laufe des Prozesses vorkommenden Restitutionen spricht; wohl aber ergiebt sich die Statthaftigkeit derselben aus dem Geiste der Lehre von den Rechtsmitteln überhaupt.

Die Rechtsmittel verdanken ihre Entstehung zunächst der Wahrscheinlichkeit, daß sich durch eine mehrfach wiederholte Erörterung und Prüfung derselben Sache dem wahren Rechte näher kommen lasse, sodann der Besorgniß, daß ein Richter sich in seinen Urtheilen oder Beschlüssen irren, ja selbst durch unedle Gründe verleiten lassen könne, einer Parthei gegen alles Recht Unrecht zuzufügen.

L. 1. pr. D. de Appellationibus.

Schon die deutsche Rechtswissenschaft und die mit ihr gleichen Schritt haltende ältere Gesetzgebung war auch auf die möglichste Erweiterung der Rechtsmittel bedacht; denn anfänglich gab es solche nur gegen Endurtheile, oder ihnen an Kraft gleichkommende Zwischenbescheide, die geistlichen Gerichte ließen aber alsbald auch gegen einfache richterliche Verfügungen in den Prozessen dieselben zu.

Als Voraussetzung für die Zweckmäßigkeit, ja für das Gebot der Zulässigeit der Rechtsmittel muß aber fest stehen:

1) Das Vorhandensein einer richterlichen Verfügung, wodurch Jemand gekränkt wird, oder sich gekränkt glaubt, und

2) Die Unmöglichkeit durch ein und denselben Richter das beschwerende Urtheil oder Decret wieder aufheben zu lassen.

Der Gebrauch eines Rechtsmittels, die Statthaftigkeit der Appellation ist demnach nicht sowohl bedingt durch das Vorhandensein eines noch laufenden Prozesses und in ihm erlassenen Erkenntnisses, als vielmehr nur durch das Vorhandensein einer richterlichen Verfügung, in dem so eben bezeichneten Sinne, wodurch also Jemand in seinem Rechte sich gekränkt fühlt, diese Kränkung aber durch den Richter, von dem sie ausgieng, nicht mehr heben lassen kann.

Das Wiederherstellungs-Decret des Amtes Wolfach, welches hier in Frage liegt, ist nun aber eine richterliche Verfügung, durch welche sich die Kläger verletzt erachteten, daher die Appellation um so mehr und unbedingt statthaft sein mußte, als gerade dieses Dekret in seinen Folgen einer definitiven Entscheidung eben deshalb ganz gleich kömmt, weil es weder von dem Richter, der es erlassen hatte, selbst noch in Verbindung mit einer Appellation in der Hauptsache wegen eingetretener Rechtskraft des hofgerichtlichen Urtheils angefochten, und wieder aufgehoben werden konnte.

Unsere P. O. steht auch dieser Ansicht nicht im Wege, denn aus dem Argumente aus §. 1172 der P. O. ergiebt sich klar, daß die Statthaftigkeit der Appellation gegen richterliche Verfügungen die Regel bildete, die Unstatthaftigkeit derselben aber die Ausnahme, indem es daselbst heißt, die Appellation findet gegen *jedes* Urtheil statt, welches einen Streitgegenstand zuerkennt oder abspricht.

Man kann mit Erfolg hier nicht entgegnen, es spreche diese Gesetzesstelle nur von Urtheilen. Man kann dieß nicht, weil gerade die Urtheile die wichtigsten richterlichen Verfügungen bilden, daher von dem Gesetzgeber vorzugsweise bezüglich der Appellation hervorgehoben wurden, und werden mußten, die Gesetzgebung aber doch wohl unterstellen durfte, daß der Gebrauch der Bezeichnung des wichtigsten richterlichen Beschlusses in einem Rechtsstreite in der Gesetzesstelle, welche von der Zulässigkeit der Appellation handelt, den Richter nicht bestimmen werde, mit Hintansetzung der logischen Auslegung in dem Wortverstande festzuhalten, und der Appellation gegen andere richterliche Verfügungen, die nicht Urtheile sind, ganz unbedingt die Aufnahme zu versagen.

Man kann ferner nicht entgegen halten, die Appellation finde jedenfalls gerade nach §. 1172 der P. O. nur gegen Beschlüsse statt, die einen Streitgegenstand zuerkennen oder absprechen; denn hier muß man zweifelsohne im Geiste des Gesetzes unterscheiden zwischen richterlichen Verfügungen, die nur die Prozeßleitung betreffen und zugleich nach Belieben vom Richter wieder zurückgenommen werden können, und solchen, die der Richter, der sie erlassen hat, selbst nicht wieder zurückzunehmen vermag, durch welche aber den Partheien ein widerrechtlicher Nachtheil zugeht, der im Wege späterer Appellation in der Hauptsache, sey es, weil letztere sofort rechtskräftig entschieden ist, oder aus andern Gründen nicht mehr abgewendet werden kann; jedenfalls aber in seinen Folgen auf das Ab- oder Zuerkennen des Streitgegenstands einwirkt.

Verfügungen dieser letztern Art sind sowohl im Laufe eines Rechtsstreites, wie auch nach dessen Entscheidung denkbar; Letzteres lehrt der Fall, welcher den Gegenstand dieses Aufsatzes bildet, denn gerade wegen des Restitutionserkenntnisses treten für die Kläger die Folgen der Eidesverweigerung nicht ein, wohl aber jene der Eidesableistung, wenn der Eid nunmehr wirklich ausgeschworen wird.

Man muß daher, wenn anders die Lehre von den Rechtsmitteln den Forderungen der Vernunft und wahren Gerechtigkeit entsprechen soll, bei Beschlüssen und richterlichen Verfügungen, welche in ihren Folgen den Urtheilen gleich kommen, die Appellation selbstständig zu lassen.

Obergerichts-Advokat Kirchgeßner.

Digitized by Google

II.

Darf in Ehrenkränkungssachen auf den priviligirten Gerichtsstand nicht verzichtet werden?

v. Graünberg gegen Roßhirt.

Auf die bei dem Oberamte Heidelberg übergebene Anklage erfolgte am 19. Febr. l. J. die Verfügung: es sei kein Grund zur gerichtlichen Verfolgung der angezeigten Beleidigung vorhanden. Dagegen ergriff der Ankläger die Appellation an das Hofgericht, und stellte die Bitte:

unter Aufhebung des gedachten Erkenntnisses das Oberamt anzuweisen, das gerichtliche Verfahren gegen den Angeklagten einzuleiten und vorbehaltlich der Berufung das Rechtliche zu erkennen.

Bei der hofgerichtlichen Deliberation entstand nun vor Allem die Frage: ob auf die Sache selbst einzugehen oder das Rechtsmittel von der Hand zu weisen sei, da der Angeklagte als patentisirter Diener in erster Instanz bei dem Gerichtshofe selbst hätte belangt werden müssen?

Für die Zulässigkeit der Entscheidung in der Hauptsache wurde angeführt: das Hofgericht sei hier als der kompetente Appellationsrichter angegangen, welcher lediglich über die an ihn gebrachte Beschwerde zu entscheiden, und im accusatorischen Processe, wo nicht ex officio, sondern nur auf Anrufen eingeschritten werde, keinerlei Einreden für die eine oder die andere Parthei zu suppliren habe, in concreto um so weniger, als durch die unbedingte Einlassung des Angeklagten bei dem Untergerichte nach Analogie der §§. 32 und 35 der P. O. in dieser reinen Privatsache, wobei kein öffentliches Interesse concurire, eine gültige Prorogation entstehen dürfte, da in der Regel Niemand gezwungen werden könne, sich wider seinen Willen eines Privilegiums zu bedienen.

Gehe nun der Gerichtshof auf die Sache selbst ein, so werde das amtliche Erkenntniß entweder bestätigt oder abgeändert. Im ersten Falle lasse sich auf Seiten des Angeklagten keine Beschwerde denken, weil ja die Bestätigung der allergünstigste Erfolg für ihn sei. Im anderen Falle könne der Angeklagte, falls er nicht prorogiren wolle, von der ihm unbenommenen Einrede des incompetenten Richters noch immer Gebrauch machen, weil er mit seiner Vertheidigung an die Reihe komme, wenn die gerichtliche Verfolgung gegen ihn eingeleitet sein werde *). Der Gerichtshof laufe daher auch in dieser Hinsicht nicht Gefahr, den Angeklagten schon im Voraus zu beschweren, indem die Competenzfrage vor der Hand unentschieden bleibe, weil sie bis jetzt noch gar nicht Gegenstand der Erörterung unter den Partheien geworden sei.

Diese Ansicht wurde jedoch vom Collegium nicht adoptirt, vielmehr durch Beschluß vom v. 30. l. J.

I. E., daß dem Angeklagten, als patentisirtem Staatsdiener in Straffachen ein privilegirter Gerichtsstand vor diesseitigem Gerichtshof zustehe.

§. 14. Beil. C. des Organis. Edicts vom Jahr 1809. Verordnung vom 11. Dez. 1810, (Reg. Bl. S. 382.) u. v. 1. Febr. 1833 (Anzeigeblatt Nr. 23.)

II E., daß er zwar diesen Gerichtsstand nicht vorgeschützt hat, daß jedoch ein Verzicht darauf und eine Prorogation auf ein an sich unzuständiges Gericht nicht Statt findet, weil der befreite Gerichtsstand der Staatsdiener auf Gründen des öffentlichen Interesses beruht, mithin den Einwirkungen der Privatwillkür entzogen ist.

III. E., daß der Ankläger, der seine bei dem Oberamte Heidelberg erhobene Anklage schon aus dem Grunde der Inkompetenz hätte zurückgewiesen werden müssen, durch das abweisende Erkenntniß dieses Amts nicht beschwert erscheint; — der Recurs unter Verfällung des Anklägers in die Kosten als unbegründet verworfen.

Meines Erachtens würde es selbst konsequenter gewesen sein, die amtliche Verfügung, als incompetent erlassen, schlechthin aufzuheben, weil der Gerichtshof, sobald er sich die Zuständigkeit als erste Instanz ex officio vindicirt, das von einem incompetenten Unterrichter gegebene Erkenntniß wohl nicht bestehen lassen kann **). Sollte nun der Angeklagte bei dem Hofgerichte belangt werden, so möchte vielleicht die Frage entstehen, ob er nicht berechtigt wäre, auf den Grund der amtlichen Verfügung v. 13. Febr. l. J., die doch einmal zu seinen Gunsten ergangen und nicht abgeändert oder aufgehoben ist, die exceptio rei judicatae vorzuschützen? Bayer.

*) All' das wäre nur dann von Erheblichkeit, wenn es sich um eine vom Bekl. erst vorzuschützende Einrede handelte, und der Richter die Kompetenz nicht bei Zulassung der Ladung schon von Amtswegen zu prüfen hätte. D. R.

**) Dies wäre meine Meinung ebenfalls gewesen. Da Ladung versagt wurde, so war weder in erster noch in zweiter Instanz eine Gelegenheit vorhanden, wie durch freiwillige Unterwerfung des Bekl. die Zuständigkeit des an und für sich incompetenten Richters begründet werden könnte. Der Oberrichter hatte also diese (auch in zweiter Instanz nicht geheilte) Unzuständigkeit ebenfalls noch von Amtswegen zu berücksichtigen, und er konnte das incompetente Erkenntniß des Amtes weder bestätigen, noch abändern, sondern nur aufheben. Man kann auch nicht sagen, daß durch eine solche Aufhebung ultra petitum des Appellanten erkannt werde, denn die Abänderung eines Erkenntnisses enthält die Aufhebung und Ersetzung desselben durch ein Neues. In der Bitte um Abänderung des amtlichen Erkenntnisses ist daher die Bitte um Aufhebung desselben, das minus im majus begriffen, und es ist auch der (die Sache nur an einen andern Richter verweisende) Ausspruch: die Klage findet hier nicht statt — dem Kläger in der That weniger nachtheilig, als die materielle Verwerfung der Klage. Eben so ist ihm daher auch die Aufhebung des ihn materiell abweisenden amtlichen Erkenntnisses weniger nachtheilig, als die Bestätigung desselben. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 20. | Karlsruhe den 15. Mai 1841.

I.

Entwurf *) eines Großherzoglich Badischen Gesetzes zum Schutz der Rechte an Werken der Literatur und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung. **)

I. Titel.

Von den Werken der Literatur.

§. 1. Der Verfasser einer herausgegebenen Schrift genießt Zeitlebens das ausschließende Recht, dieselbe durch Druck, Lithographie oder auf sonstigem mechanischem Wege vervielfältigen zu lassen.

§. 2. Nach dem Tode des Verfassers besteht das ausschließende Recht der Vervielfältigung noch dreißig Jahre lang zum Vortheil der gesetzlichen oder letztwilligen Erben desselben. ***)

§. 3. Bei Werken, die erst nach dem Tode des Verfassers herauskommen, fängt die dreißigjährige Frist vom Erscheinen derselben zu laufen an.

§. 4. Gleiche Frist genießt der Herausgeber eines Werkes, welches ohne Namen oder unter falschem Namen erscheint.

Wird das Werk vor Ablauf dieser dreißigjährigen Frist unter dem wahren Namen des Verfassers herausgegeben, so kommen die §§. 1 und 2 zur Anwendung.

§. 5. Werke, welche

a) von mehreren Verfassern oder mehreren Mitarbeitern, oder
b) auf Anordnung der Staatsregierung, oder
c) von öffentlichen Unterrichtsanstalten, gelehrten Gesellschaften und anderen Vereinen

herausgegeben werden, werden dreißig Jahre lang gegen Vervielfältigung geschützt. †)

§. 6. Bei Werken, die in mehreren Bänden oder Heften herauskommen, ist der Ablauf der in den §§. 2 bis 5 bestimmten Fristen, sofern zwischen den einzelnen Veröffentlichungen nicht mehr als drei Jahre verflossen sind, von der Herausgabe des letzten Bandes oder Heftes an, bei Werken hingegen, die nur als fortlaufende Sammlungen von Aufsätzen und Abhandlungen anzusehen sind, von der Herausgabe jeden Bandes oder Heftes eines an gerechnet.

§. 7. Das Kalenderjahr, in welchem der Verfasser eines Werkes gestorben oder das Werk herausgegeben ist, wird in die in §. 2 bis 6 bestimmten Fristen nicht eingerechnet.

§. 8. Der Verfasser eines Werkes kann das ausschließende Recht der Vervielfältigung auch unter Lebenden ganz oder theilweise auf Andere übertragen; gleiche Befugniß haben die Erben desselben.

§. 9. Ist nicht ausdrücklich eine andere Uebereinkunft getroffen, so beschränkt sich das Verlagsrecht auf eine einzige Auflage.

§. 10. Jede Vervielfältigung eines herausgegebenen Werkes, welche die in den §§. 1 bis 9 gewährten Rechte verletzt, wird als Nachdruck angesehen.

§. 11. Die Vervielfältigung von Manuscripten, nachgeschriebenen Predigten und Vorlesungen, wenn sie ohne Genehmigung ihres Urhebers, seiner Erben oder sonstigen Rechtsfolger geschieht, wird dem Nachdruck gleich geachtet.

---

*) Sein Verfasser ist der Herr geheime Referendär Picot in Karlsruhe. D. Red.

**) Es werden mit dem Entwurfe hauptsächlich zu vergleichen sein: die Bundesbeschlüsse vom 5. November 1832 (Reg.-Blatt Nr. 61 S. 494), vom 15. Juni 1835 (Reg.-Blatt Nr. 28 S. 177) und vom 9. November 1837 (Reg.-Blatt von 1838 Nr. 6 S. 67); ferner: das k. preußische Gesetz zum Schutz des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung vom 11. Juni 1837 und das k. baierische über denselben Gegenstand vom 15. April 1840 D. E.

***) Der Ausdruck „Erben" soll auch Erbfolger (L.R. Satz 756 folg.) und Vermächtnißnehmer (L.R. Satz 1010 folg.) begreifen. (Vergl. §. 8 u. 26.) D. E.

†) Gesetze, Verordnungen und sonstige offizielle Akte (b) von diesem Schutze auszunehmen, scheint kaum rathsam; sie müssen möglichst wohlfeil gekauft werden können, was durch Freigebung zuweilen gar nicht, zuweilen erst sehr spät erreicht wird. D. E.

Digitized by Google

§. 12. Ebenso wird es dem Nachdruck gleich geachtet, wenn in einem Verlagsvertrag bestimmt ist, wie viele Exemplare des betreffenden Werkes gedruckt werden sollen und gleichwohl mehr Exemplare, als die bedungene Zahl derselben, abgezogen sind.

§. 13. Als Nachdruck ist nicht anzusehen

a) das wörtliche Anführen einzelner Stellen eines bereits gedruckten Werkes; *)

b) die Aufnahme einzelner Aufsätze und Gedichte in kritische und literarhistorische Werke und in Sammlungen zum Schulgebrauch; desgleichen

c) in Journale und periodische Schriften aus andern Journalen und periodischen Schriften, sofern der Aufsatz oder das Gedicht nicht einen halben Druckbogen der ersten Veröffentlichung überschreitet und deren Quelle angegeben wird;

d) die Herausgabe von Uebersetzungen bereits gedruckter Werke.

II. Titel.

Von musikalischen Werken.

§. 14. Was in den §§. 1 bis 12 hinsichtlich des ausschließenden Rechts zur Vervielfältigung von Schriften bestimmt ist, gilt auch von musikalischen Compositionen.

§. 15. Auszüge, Versetzungen und andere Bearbeitungen musikalischer Compositionen, welche als selbstständige Erzeugnisse angesehen werden können, sind nicht als Nachdruck zu behandeln.

III. Titel.

Von den Werken der darstellenden Künste.

§. 16. Werke der zeichnenden und plastischen Künste dürfen ohne Genehmigung ihrer Urheber, deren Erben oder sonstigen Rechtsfolger nicht vervielfältigt werden.

§. 17. Hinsichtlich dieses Verbots macht es keinen Unterschied, ob die Nachbildung in einer andern Größe, als das nachgebildete Werk oder auch mit andern Abweichungen von demselben vorgenommen worden ist; es seien denn die Veränderungen so überwiegend, daß die Arbeit nicht als eine bloße Nachbildung, sondern als ein selbstständiges Kunstwerk betrachtet werden könnte.

§. 18. Als eine verbotene Nachbildung ist es nicht zu betrachten, wenn ein Werk, das durch eine der zeichnenden Künste hervorgebracht ist, mittelst der plastischen Kunst oder umgekehrt dargestellt wird.

§. 19. Die Benutzung von Kunstwerken als Muster zu den Erzeugnissen der Manufacturen, Fabriken und Handwerke ist erlaubt.

§. 20. Der Urheber eines Kunstwerks und seine Erben genießen das ausschließende Recht der Vervielfältigung so lange als das Original in ihrem Eigenthum bleibt.

Sie können dieses Recht auf Andere übertragen, ohne deshalb ihr Eigenthumsrecht am Original zu verlieren.

§. 21. Begeben sich der Urheber oder seine Erben des Eigenthums des Kunstwerks, so geht das ausschließende Vervielfältigungsrecht auf den Erwerber über; es wäre denn, daß sich dieselben dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hätten.

In einem wie im anderen Falle dauert dasselbe zehn Jahre lang.

§. 22. Geographische, topographische, hydrographische, naturwissenschaftliche, architectonische und ähnliche Zeichnungen und Abbildungen, welche nach ihrem Hauptzweck nicht als Kunstwerke zu betrachten, sondern zur Versinnlichung von Gegenständen des Wissens bestimmt sind, werden gleich den Werken der Literatur (I. Titel) gegen Vervielfältigung geschützt.

IV. Titel.

Von der öffentlichen Aufführung dramatischer und musikalischer Werke.

§. 23. Die öffentliche Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes im Ganzen oder mit Abkürzungen darf, so lange das Werk nicht durch den Druck veröffentlicht ist, nur mit Erlaubniß des Verfassers, seiner Erben oder sonstiger Rechtsfolger stattfinden.

§. 24. Dieses ausschließende Recht steht dem Verfasser lebenslänglich und seinen Erben oder Rechtsfolgern noch zehn Jahre nach seinem Tode zu.

Ist das Werk bei Lebzeiten des Verfassers nicht aufgeführt worden, so fängt die zehnjährige Frist von der ersten rechtmäßigen Aufführung zu laufen an.

§. 25. Haben die Berechtigten irgend einer Bühne gestattet, das Werk ohne Nennung des Verfassers aufzuführen, so findet auch gegen andere Bühnen kein ausschließendes Recht statt.

V. Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

§. 26. Die Rechte, welche den Gegenstand dieses Gesetzes bilden, können nie im Wege der Erbschaft (L.R. Satz 33 und 768) an den Fiskus gelangen.

§. 27. Ist durch Heirathsvertrag keine andere Bestimmung getroffen, so wird der Ertrag, welchen das ausschließende Vervielfältigungsrecht des einen oder des andern

*) Wie viele Stellen dem Werke entnommen werden dürfen, ist — wie überhaupt die Frage, wo die Grenze des Plagiats aufhört und die des Nachdrucks anfängt — mehr That- als Rechtsfrage, hinsichtlich deren in der Regel auf das Urtheil von Sachverständigen wird zurück gegangen werden müssen. §. 36. D. E.

Digitized by Google

Ehegatten abgeworfen hat und im Fall die Ehe durch den Tod deſſelben aufgelöſt iſt, das Recht ſelbſt als Gemeinſchaftsgut behandelt.

§. 28. Das ausſchließende Vervielfältigungsrecht iſt, ſo lange der Urheber eines literariſchen oder artiſtiſchen Werkes lebt und ſich im Beſitze deſſelben befindet, dem gerichtlichen Zugriff nicht unterworfen.

VI. Titel.

Strafbeſtimmungen und Verfahren.

§. 29. Wer ein Werk der Literatur oder Kunſt mit Verletzung der in den §§. 1 bis 22 gewährten Rechte vervielfältigt, iſt den Beeinträchtigten vollſtändig zu entſchädigen verpflichtet und hat außer der Confiscation der vorräthigen Exemplare eine Strafe von fünfzig bis tauſend Gulden oder von ein- bis zwölfmonatlichem Gefängniß verwirkt. *)

§. 30. Vermag der Beeinträchtigte nicht einen höheren Schaden nachzuweiſen, ſo iſt der Betrag der Entſchädigung auf eine dem Verkaufswerth von fünfzig bis tauſend Exemplaren der rechtmäßigen Ausgabe gleichkommenden Summe feſtzuſetzen. Handelt es ſich um ein Werk, welches der Urheber oder ſeine Rechtsfolger noch nicht vervielfältigt hatten, ſo iſt der Preis, der im Fall der Vervielfältigung billigerweiſe hätte angeſetzt werden können, der Entſchädigungsberechnung zum Grund zu legen.

§. 31. Bei Kunſtwerken iſt die Confiscation (§. 29) auch auf die Platten, Formen, Steine u. ſ. w. auszudehnen, mit deren Hülfe dieſelben vervielfältigt wurden.

§. 32. Die confiscirten Gegenſtände ſind zu vernichten oder dem Beſchädigten, inſofern er ſie an ſich ziehen will, gegen Anrechnung auf ſeine Entſchädigung oder Zahlung an die Staatskaſſe zu überlaſſen.

*) Das Vergehen beſteht unabhängig von der Frage, ob das Vervielfältigte veröffentlicht und in den Handel gebracht iſt oder nicht. Wann iſt das Vergehen im Uebrigen aber dergeſtalt als vollendet anzuſehen, daß auf die volle Strafe des Geſetzes und auf Entſchädigung erkannt werden kann? Am 2. Juli 1807 beſtätigte der Caſſationshof eine Erkenntniß, wodurch ein Buchhändler wegen Nachdrucks zu 21,000 fr. Entſchädigung verurtheilt worden war: „attendu qu'il n'y a pas simple tentative dans le fait dont il s'agit, mais contrefaçon réelle, puisque des feuilles imprimées et contrefaites ont été saisies," und dieſe Jurisprudenz iſt noch heute in Frankreich die herrſchende. Der §. 14 des k. preuß. Geſetzes beſtimmt: „Das Vergehen des Nachdrucks iſt vollendet, wenn Exemplare eines Buches vorgefunden werden, welche den gegenwärtigen Vorſchriften zuwider angefertigt worden ſind." Man wird die blos verſuchte Vervielfältigung von der partiellen wohl unterſcheiden und die letztere, wenn ſie an ſich fertig iſt und dem Rufe oder dem Abſatze des Originals ſchaden könnte, auch in Beziehung auf Strafe und Entſchädigung als vollendet anſehen müſſen. D. E.

§. 33. Wer widerrechtlich vervielfältigte Werke wiſſentlich zum Verkaufe hält, iſt dem Beeinträchtigten mit dem unbefugten Vervielfältiger ſolidariſch zur Entſchädigung verpflichtet und hat, außer der Confiscation, eine nach Vorſchrift des §. 29 zu beſtimmende Geld- oder Gefängnißſtrafe verwirkt.

§. 34. Wer dem ausſchließenden Recht des Verfaſſers oder ſeiner Rechtsfolger zuwider (§. 23 und 24) ein noch nicht durch den Druck veröffentlichtes dramatiſches oder muſikaliſches Werk öffentlich aufführt, unterliegt einer Strafe von zehn bis hundert Gulden oder von ein bis ſechswöchentlichem Gefängniß.

Findet die unbefugte Aufführung eines dramatiſchen Werkes auf einer ſtehenden Bühne †) ſtatt, ſo iſt der ganze Betrag der Einnahme von jeder Aufführung ohne Abzug der auf dieſelbe verwendeten Koſten und ohne Unterſchied, ob das Stück allein, oder verbunden mit einem andern, den Gegenſtand der Aufführung gemacht hat, zur Strafe zu entrichten.

Von den vorſtehenden Geldſtrafen fallen zwei Drittheile dem Verfaſſer oder ſeinen Rechtsfolgern und ein Drittheil der Armenkaſſe des Orts zu.

§. 35. Die gerichtliche Unterſuchung iſt in den Fällen der §§. 29 bis 34 nur auf Antrag der Verletzten einzuleiten.

Nach erfolgter Einleitung kann die Zurücknahme des Antrags zwar in Beziehung auf die Entſchädigung ſtattfinden, nicht aber in Beziehung auf die Confiscation und Geld- oder Gefängnißſtrafe.

§. 36. Scheint es zweifelhaft, ob ein Werk der Literatur oder der Muſik als Nachdruck oder verbotener Vordruck (§. 11), die Nachbildung eines Kunſtwerks als unerlaubt zu betrachten, wie hoch der Betrag der dem Verletzten zuſtehenden Entſchädigung zu beſtimmen ſei u. ſ. w., ſo hat der Richter ein Gutachten von Sachverſtändigen einzuholen. Die Sachverſtändigen ſind den Parteien vor der Begutachtung zu benennen und, inſofern letztere keine erheblichen Einwendungen gegen dieſelben vorbringen und wahrſcheinlich machen, auf Verlangen des einen oder des andern Theils zu beeidigen.

§. 37. Hinſichtlich der Zuſtändigkeit der Gerichte und des Inſtanzenverhältniſſes gelten die allgemeinen Beſtimmungen des Straf-Prozeſſes.

Tranſitoriſche Beſtimmungen.

§. 38. Gegenwärtiges Geſetz ſoll mit dem .... in Kraft treten; die Wirkſamkeit deſſelben erſtreckt ſich auf alle bereits herausgegebene Werke der Literatur und Kunſt,

†) Im Gegenſatz mit dem unmittelbar vorangehenden, das ſich auf wandernde Bühnen bezieht. D. E.

Digitized by Google

sowie auf alle bereits zur öffentlichen Aufführung gekommene dramatische und musikalische Werke.

Die Verordnung vom 8. September 1806, Regierungs-Blatt Nr. 20 Seite 63 und die Landrechtssätze 577 d. a. bis d. h. treten mit demselben Tage außer Wirksamkeit. Den Inhabern früher ertheilter Privilegien ist freigestellt, entweder von diesen Privilegien Gebrauch zu machen, oder den Schutz des gegenwärtigen Gesetzes anzurufen.

Den in fremden Staaten erschienenen Werken der Literatur und Kunst soll der Schutz des gegenwärtigen Gesetzes in demselben Maaße gewährt werden, als die Gesetze jener Staaten gleichen Schutz den in Baden erschienenen Werken gewähren. *)

Gegeben zu Carlsruhe u. s. w.

II.

Hofgericht des Seekreises.

Was ist eine Abrechnung.

Sitzung vom 31. August 1838, Meier gegen Fekler.

Beide Theile haben — ein jeder zur Hälfte — eine gewisse Hüner beerbt, welcher der Beklagte verschiedene Posten, im Ganzen etwa 1800 fl. schuldete. Kläger forderte nach deren Tode die ihn betreffende Hälfte dieser Forderungen.

Der Beklagte — Miterbe — wendete ein, daß er im Jahre 1832 noch mit der Erblasserin abgerechnet habe, wobei er nur den Rest von 916 fl. schuldig geworden, den er mit 4 Prz. zu verzinsen versprochen habe; er schuldete sonach nicht mehr 1800 fl., sondern nur noch 916 fl. im Ganzen. Die Abrechnungsurkunde wurde nicht beigebracht und ihr Inhalt wurde nicht angegeben.

Die Einrede der Zahlung, in welcher einige der angeblichen Abrechnungsposten auch eventuell geltend gemacht wurden, nachdem der Beklagte zur bestimmten Entwickelung dieser Einrede, welche man in der Einrede der Abrechnung nur unvollständig angedeutet fand, schon zuvor durch prozeßleitende Verfügung aufgefordert werden, kommt hier nicht in Betracht.

Die Majorität fand die Einrede der Abrechnung als sehr begründet, indem sie in der Berathung und in den Entscheidungsgründen das nackte Faktum der Abrechnung als eine Quittung für den etwaigen Mehrbetrag angesehen wissen wollte; sie setzten daher das nackte Faktum einem Beweise aus. Eine Stimme opponirte. Ihre Gründe, die hier der Publicität übergeben werden, wurden nicht für zureichend befunden.

Daß nun eine Abrechnung keine Quittung im eigentlichen Sinne ist, dürfte klar sein. Aber auch wenn man das Wort Quittung hier als gleichbedeutend mit Erlassung ansieht, möchte die Ansicht der Majorität nicht haltbar sein. Eine Abrechnung ist — wie sie hier geltend gemacht und zugelassen wurde — nichts Anderes als der Abzug gegenüberstehender Forderungen von einander, um dem Gläubiger und Schuldner des Restes eine klare Ansicht von dem Quantum desselben zu verschaffen. Rücksichtlich derjenigen Forderungen, welche darin aufgeführt — in der vorgängigen Addition der einen Seite enthalten sind, wird man um so weniger von einer Erlassung reden, als die gegentheilige Absicht klar vorliegt; diese Frage könnte nur hinsichtlich derjenigen Forderungen, die nicht darin aufgenommen sind, und hinsichtlich jener Beträge der aufgenommenen Forderungen, welche die Abrechnungsposition übersteigen, mit einigem Anschein gestellt werden. Allein Verzichte werden nicht vermuthet — L.R.S. 784 — und darnach darf — wenn sonstige Umstände nicht mit einlaufen — auch aus der Anforderung einer niederern Summe kein Verzicht auf den Ueberschuß gefolgert werden, den Brauer nicht einmal bei einer gerichtlichen Anforderung eines minderen Betrags statuirt. Brauer V. §. 264 u. 287.

Nach der Minorität war also der Gesichtspunkt einer Quittung oder einer Erlassung hier durchaus unzulässig; nach ihr konnte nur noch von einer Novation oder von einem faktischen oder rechtlichen Anerkenntniß, welches in der Abrechnung liegen könnte, die Rede sein.

Eine Novation fand dieselbe aber in concreto nicht begründet, weil eine Abrechnung keinen neuen Schuldtitel enthält, ohne einen neuen Schuldtitel eine neue Verbindlichkeit nicht bestehen, also auch eine ältere nicht durch die That verdrängen kann; aus dem Nebenumstand, daß bei der Abrechnung die Verzinsung des Rests versprochen wurde, kann ein neuer Schuldtitel — etwa Darlehen des Rechts — nicht gefolgert werden, weil nach L.R.S. 784 und 1273 Verzichte und also auch Novationen — Verän-

---

*) Jedoch haben sich die Bundesregierungen schon jetzt alles dasjenige zu gewähren, was der Bundesbeschluß v. 9. November 1837 bestimmt. Zwar stellte in der Sitzung der II. Kammer v. 25. Mai 1840 die mit Aufsuchung der seit 1837 erlassenen Verordnungen und provisorischen Gesetze beauftragte Commission den Antrag, denselben zur ständischen Zustimmung zu reklamiren; es wurde jedoch von der Reklamation wieder abgestanden. Man kann auch nicht sagen, es seien bloße Grundsätze, was der erwähnte Bundesbeschluß ausspricht; denn er wurde als „gemeinnützige Anordnung" (Art. 6 der deutschen Bundesakte) in der Form eines Staatenvertrags (Schlußakte Art. 64) „zur allgemeinen Nachachtung" verkündet und bildet, den Bestimmungen der Verordnung vom 8. September 1806 (die in strafrechtlicher Beziehung nicht aufgehoben ist) und des Landrechts theils derogirend, theils sie ergänzend, einen Theil des badischen Staats- und Privatrechts. — Möge der Entwurf von vielen Seiten besprochen werden!

Der Einsender.

Digitized by Google

derungen bestehender Schuldtitel — nicht vermuthet werden sollen, auch für Forderungen aus andern Rechtsgeschäften, als aus Darlehen Zinse versprochen werden können und versprochen werden, nicht einmal jedes Darleben verzinslich ist, und dafür wohl Zins versprochen wird, daß ein Gläubiger auf eine gewisse Zeit, oder auf wie lange er seine Forderung nicht liquid mache. Man würde wahrlich in derartigen Fällen den Gläubiger, der vielleicht eine Hypothek für seine Forderung hat, sehr gefährden, wenn man aus einem Zinsversprechen eine Novation folgern wollte.

Ein faktisches (L.R.S. 1354) oder juristisches (1338) Anerkenntniß der Gegenforderungen oder Anforderungen kann zwar — je nach Umständen, in einer Abrechnung, wenn darin die einzelnen Posten specificirt sind, enthalten sein. Unter diesem Gesichtspunkt konnte aber die Einrede — wie sie hier zur Beurtheilung kam, gar nicht gebracht werden, denn nicht auf die Specifikation der einzelnen Posten, die nicht statt fand, sondern lediglich auf das Resultat des Rechenexempels wurde ihre Wirksamkeit gebaut. Auch Vermuthungen für eine Forderung können aus einer einigermaßen specifikten Abrechnung begründet werden, aus der angeführten Ursache könnte übrigens auch nicht einmal in dieser Beziehung — in Beziehung auf Beweis — die fragliche Abrechnung in Ansehung kommen.

Von einer Compensations-Einrede wurde nicht gesprochen, weil die Compensation ihrem Begriffe nach nicht durch Handlung der Partien entstehet.

Nach der Ansicht der Minorität hätte die Einrede der Abrechnung in concreto gar nicht berücksichtigt werden sollen.

Müller.

III.

Hofgericht des Seekreises.

Sinn des §. 599 der P.O.

Sitzung v. 20. Sept. 1838. (Faber. gegen Jäk.)

In dem bezeichneten Rechtsfall hat der mehr als 12 Stunden entfernte Schwurpflichtige, ihm den Eid vor seinem Unterrichter zu gestatten, worüber der nur 1½ Stunde von Constanz wohnende Gegner, nach dem Antrag des Recipienten gehört werden sollte — um hiedurch das nach dessen Ansicht eigentlich unvollständige Gesuch zu ergänzen ꝛc. Eine Stimme wollte unter Berufung auf den Wortlaut des §. 599, und auf die Praxis des Hofgerichts zu Rastatt, bei welchem die Frage früher auch schon gestellt worden sei, dem Gesuch sofort willfahrt wissen, welcher Ansicht die Majorität denn auch beitrat.

Dessenungeachtet mochte die Auslegung der Minorität die richtige und angemessene sein.

Die Regel über den Ort der Eidesleistung enthält der §. 598. Danach muß der Eid vor demjenigen Gericht geleistet werden, welches auf ihn erkannt hat. Wenn man weiß, daß das Gesetz die Competenz nach dem Grundsatz bestimmt, daß Rechtsstreite von demjenigen Richter ausgetragen werden können, welcher für die Entscheidung am geeignetsten ist, wenn man weiß, wie häufig der erkennende Richter im Fall ist, bei der Eidesabnahme noch oft sehr wesentliche Belehrungen über den Sinn der Formel geben zu müssen, die der requirirte Richter ohne genaues Studium der Akten gar nicht geben kann, und wenn man endlich erwägt, daß beide Theile als anwesend bei dem erkennenden Gericht präsumirt werden, daß der Gegner ein wesentliches Interesse dabei hat, bei dem Gottesurtheil des Eides selbst anwesend zu sein, und daß die Parteirechte im Prozesse gleich sein sollen — so wird man diese Regel gewiß als sehr zweckmäßig anerkennen.

Von dieser Regel läßt der §. 599 eine Ausnahme zu, die man nach den Worten „erlaubt werde" nicht als ein unbedingtes, sondern in die Diskretion des Richters gestelltes Recht betrachten muß. Schon dies spricht gegen die Annahme der Majorität. — Aber selbst zugegeben, daß das nur eine Redensart sei, und der Eidespflichtige das Recht kraft Gesetzes habe, so ist die Frage, ob, wie die Majorität behauptet — der Eidespflichtige wählen könne,

> entweder vor seinem gewöhnlichen Richter — oder dem erkennenden, den Eid zu leisten und im letztern Fall sogar Vorschuß fordern dürfe,

oder ob er nur dann das Recht der Wahl habe, wenn, wie die Minorität behauptet, ihm der Vorschuß verweigert wird.

Die Majorität stützt sich darauf, daß dem Eidespflichtigen mit dem Worte „oder" das Wahlrecht gegeben sei.

Mit dem Wort „oder" ist aber das Wahlrecht nicht gegeben: Wäre das Wahlrecht gegeben, so hätte der Eidespflichtige nach dem Wortlaut des Paragraphen die Wahl — entweder den Eid daheim zu leisten — oder Kostenvorschuß zu fordern. Das wäre aber ein Unsinn, und damit wäre dem Eidespflichtigen nicht das Wahlrecht zwischen diesem und jenem Ort gegeben.

Das Wörtchen „oder" constituirt also im vorliegenden Fall keine Alternative — es hat vielmehr die Bedeutung, die ihm häufig gegeben wird, z. B. in der Redensart: bezahle mich oder ich verklage dich; es heißt hier soviel wie „wenn nicht".

Daß dies die richtige Erklärung sei, ergibt sich auch aus den letzten Zeilen des §. 599; daraus erhellt, wie das Wahlrecht, welches die Majorität einräumt, und wie das „Muß" in dem zweiten Absatze d. §. 599 zu verstehen sei; hätte man dem Eidespflichtigen ein Recht der Wahl unbedingt einräumen wollen, so hätte man dieses Wahlrecht hinterher gewiß nicht illusorisch gemacht; auch hätte man die vielen Worte

Digitized by Google

sparen, und kurzweg sagen können, was die Majorität hineinlegt. Aus den letzten Worten des Paragraphen geht ganz klar hervor, daß das „oder" im ersten Absatz weiter nichts als eine Bedingung des Rechts, den Eid daheim zu leisten, sein soll.

Wäre die Erklärung der Majorität die richtige, so wäre damit das Gesetz der Zweckmäßigkeit in der Gleichheit der Parteien vor dem Richter ohne Grund hintangesetzt; dann könnte derjenige, dessen Aufenthaltsort (nicht Wohnsitz) etwa in Amerika wäre, dem Gegner das letzte und entscheidende Beweismittel durch die Art und Weise, wie er den Eid leistet, rauben, während der Gegner vielleicht ein zehnfach größeres Interesse daran hat, den Vorschuß der Reisekosten zu leisten und den Eidespflichtigen in seiner Gegenwart von dem heimathlichen Gericht den Eid leisten zu sehen. Ja es könnte der Eidespflichtige, der mit gutem Gewissen den Eid nicht schwören kann, absichtlich sich an einen Ort entfernen, an welchem er Collusionen machen kann, um z. B. durch einen dritten Unbekannten ihn simulirt zu leisten, oder an welchem er vor der Strafe des Meineids sicher wäre ꝛc. — Wäre die Erklärung der Majorität die richtige, so hätte der Pflichtige alles Recht, der Gegner keines.

Nach einer richtigen Interpretation ergibt sich nun folgendes Resultat:

1) Der Eidespflichtige kann unter allen Umständen den Eid vor dem erkennenden Gericht abzulegen verlangen.
2) Der Gegner kann die Eidesleistung auch immer und nur im erkennenden Gericht verlangen; sein Verlangen ist aber, wenn der Aufenthaltsort des Eidespflichtigen über 12 Stunden entfernt ist, durch vorschußweise Hinterlegung der Kosten bedingt.
3) Der Eidespflichtige kann, wenn dieser Vorschuß nicht geleistet wird, die Leistung des Eides in der Heimath verlangen, wobei indessen immer noch die Discretion des Richters anders entscheiden darf.

Die Auslegung der Majorität würde den Wortlaut des §. 699, die Regel des §. 598, das Gesetz der Zweckmäßigkeit und die gesetzmäßige Gleichheit der Parteirechte gleichsehr verletzen.

Eine Bitte um Auftrag an einen andern Richter nach §. 599 mußte daher auch, wenn sie keine pluris petitio enthalten soll, immer so gefaßt sein, daß dem Gegner die Hinterlegung aufgegeben, und wenn sie nicht statt finde, dem Antragsteller gestattet werden solle ꝛc.

Vorstehende Ausführung der Gründe der Minorität, welche sich in einer zweimaligen Deliberation keine Anerkennung verschaffen konnten, werden mit der Anfrage der Publicität übergeben, ob wirklich anderwärts, und namentlich früher bei dem Gerichtshof in Rastatt eine andere Praxis bestanden, und auf welche Gründe solche gestützt worden?

Müller.

IV.

Wann ist die hofgerichtliche Competenz in Zollstrafsachen begründet?

J. H. Glett vom Gresyen kam im August 1838 wegen einer von drei Personen in Gemeinschaft ausgeführten Zolldefraudation in Untersuchung und wurde durch hofgerichtliches Erkenntniß klagfrei erklärt, dagegen ward derselbe wegen einer im September 1838 verübten Eingangszolldefraudation durch Erkenntniß des Amtes L. vom 5. Jänner 1839 bestraft. Unter dem 16. Mai 1839 erfolgte gegen ihn, nachdem er auf gerichtliche Untersuchung und Entscheidung verzichtet hatte, von dem Hauptzollamte ein Erkenntniß wegen ersten Rückfalls, durch welches er in eine Strafe von 66 fl. verurtheilt ward, die er nicht zu bezahlen vermochte; auf den hierwegen von dem Hauptzollamte gestellten Antrag verwandelte das Amt L. die Geldstrafe in eine Gefängnißstrafe von 44 Tagen. Am 30. März 1840 wurde J. H. Glett dem Amte L. wieder wegen einer Zolldefraudation überliefert, und die diesfallsige wegen zweiten Rückfalls gepflogene Untersuchung dem Hofgerichte des Oberrhein-Kreises zur Beurtheilung vorgelegt. Es erfolgte jedoch von diesem Gerichtshofe folgende Verfügung:

„Dem Bez.-Amte L. unter Anschluß der Akten und Hinweisung auf das Str.Ed. §. 4. lit. a. §. 92 ff., §. 9., Ges. vom 2. Jänner 1812 §. 2. § 6. (Anhang zur Zollordnung v. 1812), wodurch die Competenz der Aemter in Defraudationssachen bestimmt wird, zu erwidern, daß in diesem Falle kein Grund zu Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden ist."

Diese Verfügung scheint mir auf unrichtige Ansichten und Voraussetzungen zu beruhen; der §. 4 des Str.Ed. bestimmt zwar, daß die Aemter in Defraudationssachen untersuchende und urtheilende Richter sein sollen, sofern nicht eine auf Zuchthaus ansteigende Strafe gesetzt ist. Die Behandlung der Zollstrafsachen ist jedoch seit Einführung des neuen Zollgesetzes und seit Ueberweisung der Steuerstrafsachen an die Gerichte eine ganz andere geworden, weil früher die Administrativstellen zu Abwandlung der Defraudationssachen die allein competenten Behörden waren, durch das Gesetz vom 22. Juni 1837 eben verordnet ward, daß die Untergerichte, und falls die zuerkennende Strafe deren Strafgewalt übersteige, die Hofgerichte in erster Instanz zu erkennen haben. Nach den Erläuterungen zu dem Strafedikte und den später erschienenen Gesetzen, Zus. I. zum Str.Ed., Reg.Bl. 1810,

Digitized by Google

S. 313—14, Reg.Bl. 1813, S. 162 ist jede mehr als vierwöchentliche Gefängnißstrafe als eine die Competenz der Aemter übersteigende Strafe anzusehen, deren Erkennung nur dem Hofgerichte zusteht. Wollte man dieses aber in Zollstrafsachen nicht annehmen, so wären alle seither erschienenen Gesetze, so weit solche von Erkenntnissen der Hofgerichte in erster Instanz sprechen, überflüssig, denn sie könnten nie zur Anwendung kommen, weil bekanntlich auf Zolldefraudationen, wenn nicht andere Verbrechen damit concurriren, keine Zuchthausstrafe gesetzt ist, das Strafedikt aber den Aemtern jede geringere Strafe zu erkennen überlassen hat. Es wurde bisher auch kein Zweifel darüber erhoben, daß in den Fällen, in welchen das Z.St.G., abgesehen von den Geldstrafen, noch eine besondere Gefängnißstrafe androht, die vier Wochen übersteigt, die Hofgerichte die urtheilenden Gerichte seien. Es ist dies insbesondere, wie obige Geschichtserzählung beweist, bei dem Hofgerichte des Oberrheinkreises auch dadurch anerkannt worden, daß gegen den Inkulpaten wegen angeschuldigter Defraudation mittelst Complotts, in Anwendung des §. 3 des Z.Str.G. ein hofgerichtliches Erkenntniß erfolgte. Der Gerichtshof hat sich somit damals competent erklärt, weil der §. 34 des Z.Str.G. auf das Complott eine ein- bis sechsmonatliche Gefängnißstrafe setzt, das Gleiche ist aber auch beim zweiten Rückfall vorhanden, da nach §. 29 des Z.Str.G. die Strafe hierwegen bis auf vier Jahre ansteigen kann.

Das von dem Hofgerichte des Oberrheinkreises angerufene Gesetz vom 2. Jänner 1812, §. 2 u. 6 (Anhang zur Zollordnung von 1812) steht meiner Ansicht auf keinen Fall entgegen, da dieses Gesetz bekanntlich aufgehoben ist und vielmehr durch Art. 12 des Gesetzes vom 22. Juni 1839, Reg.Bl. Nr. 20 alle früheren Verordnungen über Instanzen in Zollstrafsachen mit dem Beisatz aufgehoben wurden, daß die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren in Strafsachen auch hinsichtlich der Steuerstrafsachen gelten sollen.

Wenn hiernach überhaupt noch ein Zweifel über die Competenz in diesem Falle vorhanden wäre, so hätte das Hofgericht besser gethan, das Amt, welches sich durch die Aktenvorlage bereits inkompetent erklärt hatte, vorerst zum Bericht aufzufordern und in Berücksichtigung der Rechtsbelehrung vom 21. August 1813 die Sache nicht geradezu an das Amt zurückweisen und dasselbe hierdurch nöthigen sollen, ein gegen seine Ueberzeugung umfassendes Erkenntniß zu geben, wie dies das Amt L. in Folge des hofgerichtlichen Erlasses in folgender Weise gethan hat:

„In Erwägung, daß der Angeschuldigte geständig ist, „die Zollgefälle von 21⁵/₁₀ ℔ Zucker defraudirt zu „haben; daß derselbe sich ausweislich den frühern „vorliegenden Akten im II. Rückfalle befindet, welcher „nach §. 29 des Z.St.G. außer der Confiskation der „Gegenstände des Vergehens eine Gefängniß-Strafe „nach sich zieht, bei deren Ausmessung der doppelte „Betrag der für den ersten Rückfall gedachten Geld-„Strafe zu Grunde zu legen ist; daß der einfache „Zoll, welcher defraudirt wurde, 4 fl. 17 kr., die ein„fache Strafe 17 fl. 8 kr., die Strafe des I. Rück„falls 34 fl. 16 kr., das doppelte dieser Geldstrafe „68 fl. 32 kr. beträgt, welcher Betrag nach §. 7 des „Z.St.G. 46 Tagen bürgerlichem Arrest gleichbeden„tend ist;

„daß sich das Amt zu Erkennung dieser Strafe gar „nicht für competent gehalten, indem es sich hier um „eine bestimmte, die unterrichterliche Strafgewalt über„steigende Gefängniß-Strafe handelt, und selbst das „Hofgericht, wie die U.A. von 1838 nachweisen, sich „dann kompetent erklärt hat, wenn nach §. 34 des „Z.St.G. auf eine ein- bis sechs-monatliche Ge„fängnißstrafe zu erkennen war, was in gleicher Weise „beim II. Rückfalle nach §. 29 des Z.St.G. in An„wendung käme, indem das hiergegen angerufene Ge„setz vom 22. Juni 1834 artic aufgehoben ist;

„so wird dennoch in Folge des hohen Erlasses „vom ꝛc. durch

Urtheil

„zu recht erkannt: es sei Inculpat der Defraudation „des Eingangszolles von 24⁵/₁₀ ℔ Zucker im Betrag „von 4 fl. 17 kr. und somit des II. Rückfalls für „schuldig zu erklären, und deshalb unter Confis„kation des defraudirten Zuckers zur Nachzahlung des „Zolles mit 4 fl. 17 kr. und zu einer bürgerlichen „Gefängnißstrafe von 46 Tagen, so wie zur Tragung „der Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu ver„urtheilen."

V. R. W.

Nach der hofgerichtlichen Ansicht in diesem Falle wäre consequent bei vorhandenem Complott oder bei Verwandlung von Geldstrafen, selbst wenn solche die Dauer von mehrjährigem Gefängniß erreichen würden, das Amt zur Aburtheilung allein competent; in dem andern Falle, wenn sich das Hofgericht bei vorhandenem Complott competent hielt, so muß dies consequenter Weise auch beim II. Rückfall und bei Verwandlung der Geldstrafen geschehen, wenn eine mehr als vierwöchentliche Gefängnißstrafe zu erkennen ist; unstatthaft ist es aber auf jeden Fall, wenn das Hofgericht die eine Untersuchung aburtheilt, und die andere unter gleichen Voraussetzungen dem Untergerichte zurückweist.

R. R.

Digitized by Google

V.

Hofgericht des Seekreises.

Ein Beitrag zu der Frage: wie fern eignen sich Ansprüche der sogenannten Söldner gegen die Bauern zur gerichtlichen Entscheidung?

Die Entscheidungen, welche die Gränzlinie zwischen Rechtspflege und Verwaltung aussprechen, verdienen bei uns eine besondere Beachtung, weil wie ein umfassendes Gesetz ermangeln, welches diese Gränzlinie zieht.

Aus diesem Grunde theilen wir das nachfolgende Urtheil mit:

Urtheil.

In Sachen der Söldner N. N. in Schwäblishausen, Kläger, Appellanten, gegen die dortigen Bauern N. N., Beklagte, Appellaten, Weidrecht beziehungsweise betreffend, wird auf gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt:

das Erkenntniß des Bez.-Amtes Heiligenberg vom 14. April 1838, besagend:

daß die Klage vor den Gerichten nicht Statt finde, und der Kläger die Kosten zu tragen habe,

sei zu bestätigen unter Verfällung der Kläger auch in die Kosten dieser Instanz.

V. R. W.

Gründe.

In so fern der Name Söldner minderbegüterte Bauern im Gegensatze von Bauerngutsbesitzern bezeichnet, können erstere allerdings noch wegen gewisser Berechtigungen gegen die sogenannten Bauern gerichtlich auftreten.

Allein nicht alle Ansprüche der Söldner gegen die Bauern sind als privatrechtliche, als zur richterlichen Entscheidung gehörige anzusehen, selbst dann nicht, wenn sich solche auf älteres Uebereinkommniß gründen.

Die Entscheidung beruht hier auf der Frage:

„ob der Rechtstitel, aus welchem der Anspruch abgeleitet wird, nur überhaupt wegen der Größe des Güterbesitzes, oder aber wegen des Besitzes bestimmter Güter, das Verhältniß festgesetzt hat?"

Im ersteren Fall, wo die Rechte der Söldner und Bauern blos deshalb verschieden bestimmt sind, weil erstere wenige und letztere viele Güter haben, kann von einem Privatrechte nicht die Rede sein. Hier erscheinen beide nur als zwei durch die Größe des Güterbesitzes sich unterscheidende Klassen von Bürgern, also nur in ihrer gemeinderechtlichen Eigenschaft, und hier muß vorausgesetzt werden, daß nur im öffentlichen Interesse der Umfang der gemeindebürgerlichen Berechtigungen verschieden bestimmt worden sei.

Im andern Falle dagegen, wo auf den Besitz bestimmter Güter verschiedene Berechtigungen zugetheilt wurden, muß gerade deshalb, weil hier die Personen in den Hintergrund und bestimmte Güter in den Vordergrund treten, unterstellt werden, daß ein privatrechtliches Verhältniß festgesetzt worden sei; hier stehen die zwei Klassen der Bürger nur in dem Verhältnisse als Privatgüterbesitzer sowohl sich, als der Gemeinde selbst gegenüber, und die so gestalteten Ansprüche, wenn sie streitig werden, eignen sich alsdann zum gerichtlichen Austrage.

Diese Grundsätze folgen aus der Verordnung vom 13. Aug. 1829 (Reg.-Blatt von 1829 Nr. 18) und der weiteren Verordnung vom 1. Januar 1833, so wie aus den Bestimmungen der §§. 85 89. 92—99 der Gem. Ordn. Annalen der Bad. Gerichte Jahrgang 1833. S. 351–353.

In gegebenem Falle begehren die Söldner nach der Klage das Recht, auf die Güter der beklagten Bauern ihr Vieh in bestimmter Gattung und Zahlung zur Weide zu treiben, oder doch Vergütung dafür in Gut oder Geld nicht aus dem Grunde, weil ihnen das Weiderecht vermöge des Besitzes bestimmter Güter auf bestimmte Güter der Beklagten als Grunddienstbarkeit zustehe (S. Klage § 3); — sondern weil die Söldner seit unvordenklichen Zeiten ihr Vieh auf alle Grundstücke der Gemarkung, also auch auf die der Bauern, haben treiben dürfen, so wie letztere ebenfalls ihr Vieh auf die sämmtlichen in der Gemarkung gelegenen Grundstücke, also auch auf jene der Söldner, zu treiben berechtigt gewesen seien, wobei nur den Bauern das Weidrecht für eine größere Zahl Vieh zugestanden, als den Söldnern, wovon Jeder, abgesehen von seinem Güterbesitzstande, 4 Stück Vieh, bei einem Besitz von 2 Jauchert Feld aber noch eine zweite Kuh, und bei 4 Jauchert noch überdies einen Ochsen zur Weide zu treiben befugt gewesen sei. In diesem Verhältnisse also, wo die Berechtigung nur auf der Person des Ortsbürgers ruht, und nur der Umfang, nach der Größe des Güterbesitzes, verschieden bestimmt ist, kann nur eine gemeindebürgerliche Anordnung unterstellt werden, wie in Bezug auf das Viehweiden der Gemeindemitglieder in der ganzen Gemarkung (gemeine Weide, Hut oder Trift, L.R.S. 648) nicht selten vorkommt — Die unvordenkliche, gleichmäßige Uebung bis 1806 giebt auch keinen Rechtstitel, da das gedachte thatsächliche Verhältniß als Folge eines Verwaltungs-Aktes angenommen werden muß, Verwaltungsmaßregeln aber stets nach dem Gutfinden der zuständigen Behörde einer Aenderung unterworfen bleiben.

Diese Gestalt der Sache wird auch nicht durch das im J. 1806 zwischen den Bauern und Söldnern abgeschlossene Uebereinkommen geändert, wodurch erstere den letzteren dafür, daß diese ihre Weiderechte aufgaben oder wenigstens ruhen ließen, das ganze Allmend als Triebabtrag abgetreten haben sollen; denn dieser Vertrag ist, wie die Kläger selbst zugestehen, als nicht zu Recht beständig wieder aufgehoben, damit aber die Sache wieder in den alten Stand gesetzt worden, bei dem kein Rechtstitel für das fr. Weiderecht unterstellt werden kann. Ueber das Eigenthum des Allmends können aber die einzelnen Bürger nicht verfügen, und über die Nutzung desselben nicht weiter, als ihnen solches zusteht. Dies mußten auch die Söldner wissen, und daher können sie auch wegen des ungiltigen Vertrages von den Beklagten keine Entschädigung fordern. L.R.S. 1148 a Annal. des L.R.S. 1599.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten wegen P.O. §. 169 ist, wie geschehen, erkannt worden.

Aschbach.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 22. Mai 1841.

I.

Bestrafung der in den §§. 83—89 des Strafedikts aufgeführten Diebstähle beim Zusammentreffen mit andern Erschwerungsgründen, besonders jenem der Wiederholung (drittem Diebstahle).

Bei der Aburtheilung eines an der Dienstherrschaft begangenen dritten Diebstahls ward in jüngster Zeit von dem Hofgerichte des Oberrheinkreises eine zweijährige Zuchthausstrafe ausgesprochen, für die Qualification des Gesindediebstahls nämlich die Quart der Strafe des gemeinen Diebstahls berechnet, welche dann wegen ihrer Geringfügigkeit außer Anschlag gelassen wurde, während die Minorität, wie solches bisher bei diesem Gerichtshofe geschehen, den §. 83 des Strafedikts so auslegte, daß die Quart von der Strafe des dritten Diebstahls zu berechnen, folglich auf 2 Jahre 6 Monate Zuchthaus zu erkennen sei. Für die letztere Ansicht spricht zuvor die Erläuterung des Gr. Justizministeriums vom 22. August 1826 (s. Jahrb. des Oberhofger. J. 1826), auch scheint das Gr. Oberhofgericht nach einem mir bekannt gewordenen Erkenntnisse aus der neuesten Zeit noch fortan dieser strengeren Ansicht zugethan zu sein. Nebst diesem ward zugleich noch geltend gemacht, daß der Diebstahl durch die Eigenschaft eines dritten nach den gemeinrechtlichen Lehrbegriffen nicht aufhöre ein „gemeiner" zu sein. Dessenungeachtet scheint die von der Majorität adoptirte Ansicht (nach Ann. Jahrg. 2. S. 214 auch die des mittelrheinischen Hofgerichts) nach der grammatischen und logischen Auslegung den Vorzug zu verdienen. Der grammatischen Auslegung entspricht diese Ansicht:

a) weil im Allgemeinen der Ausdruck: gemeiner Diebstahl denjenigen Diebstahl bedeutet, welcher keinerlei gesetzliche Auszeichnung hat, d. i. der Diebstahl, wie er von allem, was ihn zu einer besonderen schweren Klasse des Diebstahls macht, oder nach den Worten der P.G.O. (Art. 160) von allen beschwerenden Umständen, entkleidet erscheint (also jeder unter die §§. 73 u. 75 des Str.Ed. fallende Diebstahl); die dritte Wiederholung aber nach dem Strafedikt immer noch eine sehr bedeutende Erschwerung oder Auszeichnung ist, da sie selbst bei dem geringsten Werth schon 2 Jahre Zuchthaus zur Folge hat, also eine höhere Strafe als selbst die gefährlichen Diebstähle (§. 74 des Str.Ed.), welche doch nach unserm Strafedikt eben so wie nach der gemeinrechtlichen Strafwissenschaft Jedermann für ausgezeichnete oder nicht gemeine Diebstähle hält;

b) weil das Gesetz unmöglich mit dem Ausdrucke „gemeine Diebstähle" den schlechthin gemeinen Diebstahl und den vermeintlichen gemeinen Diebstahl in der Form des dritten Diebstahls zugleich meinen kann, da es in diesem Falle dies bei dem großen Unterschiede gewiß ausdrücklich bemerkt und sich um so mehr anders gefaßt haben würde, als der Beisatz „von gleichem Belange" deutlich zeigt, daß außer dem allgemeinen Thatbestande des Diebstahls nur noch die objektive Größe (den Stoff für die Markenberechnung) der Maßstab für die Bestimmung der Quart bilden, jeder andere Straferschwerungsgrund aber außer Anschlag bleiben soll, womit aber

c) die bekämpfte Ansicht darum unvereinbar ist, weil jene Bestimmung zufolge des §. 77 des Ediktes bei dritten Diebstählen bis zum Betrag von 2 Marken Silber unwirksam, durch diese Auslegung somit die Anwendung des §. 83 theilweis geradezu unmöglich gemacht würde;

d) weil die Terminologie, wornach der dritte Diebstahl unter die gesetzlich ausgezeichneten nicht gezählt wird, zwar allerdings in den Lehrbüchern des Strafrechts gang und gebe geworden,*) in der P.G.O. aber nicht begründet ist, nach deren §. 163 vielmehr auch der dritte Diebstahl ebensowohl wie der Diebstahl mit Einbruch ꝛc. als ein ausgezeichneter oder nicht gemeiner anzusehen ist,

*) Das so viel verbreitete Feuerbachische Lehrbuch, wovon vor unserm Strafedikte schon die zweite Auflage erschienen war, stellt die dritten Diebstähle als eine Art qualifizirter Diebstähle den gemeinen Diebstählen gegenüber.

D. R.d.

Digitized by Google

worauf es übrigens nur dann noch ankäme, wenn man, was ich nicht glaube, bei der Beantwortung der Frage: was bei uns ein gemeiner und ein nicht gemeiner Diebstahl sei, sich außerhalb unseres Strafedikts Raths zu erholen hätte.

Aber auch die logische Auslegung spricht für diese Ansicht,

a) weil das Begründete nicht weiter gehen kann, als sein Grund, der Grund der höhern Strafe aber bei dem Diebstahl der Ehegatten, z. B. in der größern Schändlichkeit und Gefährlichkeit wegen des mißbrauchten Vertrauens liegt, welches man den Dienstboten schenkt und schenken muß, dieser Grund aber dadurch, daß die Entwendung im Allgemeinen die dritte ist, nicht verstärkt wird, und daß darum

b) das Moment der Wiederholung, das eine eigene, im Gesetz besonders gewürdigte strafrechtliche Größe ist, bei der Würdigung jener Qualifikation ganz außer Berechnung bleiben muß, wenn man nicht jenen Erschwerungsgrund dem Schuldigen zweimal aufrechnen will, nämlich nachdem er als dritter Diebstahl schon (und zwar stark genug) berücksichtigt ist, nochmals dadurch, daß auch von der Strafe für dieses Moment die Quart berechnet wird, — ja bei eintretender Markenberechnung durch Zuzählung der früheren Diebstahlssummen noch ein drittes mal! —

Diese Ansicht führt allerdings faktisch bei allen Diebstählen, die nebst der Ausgleichung der §§. 83 ff. noch eine andere an sich tragen, zu der Generalisirung des auch in der P.G.O. (Art. 163) aufgestellten Grundsatzes des §. 73 der Erläuterung, daß die größere Erschwerung die geringere absorbire. Eine andere Frage ist es, ob nicht etwa die Meinung: daß die §§. 83 ff. nur die einfachen Gesinde-, Holz- ꝛc. Diebstähle im Auge haben, nicht aber diese Diebstähle, wenn sie mit besondern andern Erschwerungen vorkommen (§§. 74. 77), und diese deshalb nach §. 95 des Ed. zu behandeln, d. h. überall wegen dieser Beschaffenheit der §§. 83 ff. eine arbiträre Schärfung zu erkennen sei, der Intention unseres Gesetzes angemessener wäre? — *)

Zentner.

*) Dies würde nichts ändern. Bei der idealen Konkurrenz von zwei verschiedenen Qualifikationen kommt von der Strafe, welche die geringere Qualifikation für sich allein träfe, nur ein Theil in Anschlag; daher könnte der nach §. 95 wegen des Gesindeverhältnisses ꝛc. zu erkennende arbiträre Strafzusatz doch in keinem Falle mehr betragen, als das ganze Maß desjenigen, was diese Qualifikation nach §. 86 ꝛc. für sich allein zur Folge hätte.

D. Red.

II.

Verletzte Vorschriften des Verfahrens.

Grimmer gegen Koch.

Hammerschmidt Grimmer von Zimmern klagte gegen Spengler Koch von Widdern auf Herausgabe des Abholzes eines Eichbaumes. Nachdem zum Beweis der Klage eine Urkunde vorgelegt und Zeugen vernommen worden waren, erkannte das Bezirksamt Adelsheim durch Urtheil vom 1sten Februar 1838, Beklagter habe dem Kläger das fragliche Abholz herauszugeben, falls letzterer noch einen Erfüllungseid liefern würde. Gegen dieses Erkenntniß wurde ein Rechtsmittel weder angezeigt, noch ausgeführt. Nach Ablauf der Appellations-Einführungsfrist leistete Kläger den ihm auferlegten Erfüllungseid, und nachdem über den Werth des Abholzes Verhandlungen gepflogen worden waren, verurtheilte genanntes Bezirksamt den Beklagten, den Werth des Abholzes im Betrag von 42 fl. an den Kläger herauszuzahlen. Nunmehr zeigte der Beklagte die Appellation an, führte sie am 91sten Tage nach der Verkündung des letzteren Bescheids beim Großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises ein und verband damit eine Nichtigkeitsbeschwerde, welche auf die Behauptung gegründet war, das Bezirksamt Adelsheim habe nicht in Gemäßheit der Würtembergischen Prozeßgesetze verfahren. Widdern ist nämlich ein Condominatsort, welcher unter der Herrschaft des mit der Krone Würtemberg abgeschlossenen Staatsvertrags vom 12ten September 1820 steht. Dieser Vertrag, welcher sich, wie die Eingangsworte besagen, blos auf die Ausübung der Rechtspflege in den höheren Instanzen bezieht, bestimmt, daß in Bezug auf die Art der Appellations-Ergreifung und Einlegung und in Bezug auf die Grundsätze, wann (d. i. in welchen Fällen) appellirt werden kann, die Würtembergischen Gesetze zur Anwendung kommen sollen, daß jedoch das Badische Appellationsgericht, wenn an ihm der Turnus sei, nach Badischen Gesetzen zu verfahren, jedoch nach Würtembergischen zu entscheiden habe.

Auf Eingang jener Appellations- und Nichtigkeits-Beschwerdeschrift lud das Hofgericht in seinem dritten Senate den appellantischen Anwalt vor, um die Zulässigkeit der Appellation nachzuweisen, nahm darauf dieselbe als zulässig an, verfügte, daß die nach Badischen Prozeßgesetzen vom Bezirksamte Adelsheim abgehörten Zeugen, mit Beobachtung der Förmlichkeiten der Würtembergischen Prozeßgesetze vorgenommen werden sollten, erließ später eine Zwischenverfügung, wodurch dem klagenden Theile eine Frist von 14 Tagen zu Nachbringung einiger Beweise gestattet wurde, und wies sodann, da diese nicht eingehalten wurde, den Kläger mit seiner Klage ab durch Urtheil

Digitized by Google

vom 24. März 1840. Gegen dieses Urtheil suchte ich, als neu aufgestellter Anwalt, mit Bezugnahme auf §. 156 a. B.P.O. Wiederherstellung nach. In der Tagfahrt der mündlichen Verhandlung wies das Präsidium die Anwälte an, ihre Vorträge auf die Frage der Zulässigkeit der Wiederherstellung zuvörderst zu beschränken, was denn auch geschah. Nach gepflogener geheimer Berathung verkündigte das Präsidium, die gebetene Wiederherstellung werde zugelassen, forderte die Anwälte auf, weiter vorzutragen, bemerkte jedoch, wir hätten uns auf den Vortrag der neu angetretenen Beweise zu beschränken. Ich entgegnete, daß ich im Interesse meiner Partei glaube, mich weiter verbreiten zu müssen, und deutete namentlich an, daß ich einige in der Mitte liegende prozeßleitende Verfügungen des Hofgerichts glaube anfechten zu müssen. Ich wurde jedoch von dem Präsidium durch die sehr bestimmt ausgesprochene Bemerkung zurückgewiesen: es sei Beschluß des Collegiums, ich dürfe über nichts anderes sprechen, als über die neuangetretenen Beweise. Ich sah mich daher gezwungen zu erklären: daß, wenn mir nicht gestattet werde vorzutragen, was ich im Interesse meiner Partei glaube vortragen zu müssen, ich gar nicht sprechen werde; und als ich auch hierauf nicht die Erlaubniß erhielt, frei sprechen zu dürfen, so zog ich mich zurück. Der Gegenanwalt erklärte seinerseits, er sei nicht vorbereitet, über die Materialien der Sache Vortrag zu halten und sprach also gleichfalls nicht. Statt nun anzunehmen, beide Parteien seien ausgeblieben und die Sache von der Rolle zu streichen, zog sich der Gerichtshof ins geheime Berathungszimmer zurück und verkündigte uns bald darauf: die gebetene Wiederherstellung werde abgeschlagen. Gegen dieses Urtheil ergriff ich das Rechtsmittel der Oberappellation und machte geltend: das Hofgericht habe verletzt

1) die Vorschriften der §§. 1173. 1174. Nr. 1. B.P.O., beziehungsweise des königlich Würtembergischen Ediktes über die Rechtspflege d. d. 31. Dezember 1818, §. 152, sub 3, indem dasselbe die Appellation für zulässig erklärt habe, während doch nur 42 fl. zu-, beziehungsweise aberkannt worden seien, die Appellationssumme dagegen 50 fl. betrage, zudem der Bescheid, vermittelst dessen dieses geschehen, ein bloßes Inhibitorekret gewesen sei;

2) die Vorschriften der Badischen sowohl, als der Würtembergischen Prozeßgesetze in Betreff der Nothfristen der Appellation, indem es die Appellation für zulässig erklärt habe, während die Appellation gegen den am 17ten März 1838 eröffneten Bescheid erst am 2ten April angezeigt und am 16ten Juni ausgeführt, also nach Badischen Gesetzen weder rechtzeitig angezeigt, noch ausgeführt, nach Würtembergischen Gesetzen (90 Tage) wenigstens nicht rechtzeitig ausgeführt worden sei, während der Bescheid vom 1sten Februar 1838 längst die Rechtskraft beschritten gehabt habe.

Dasselbe habe ferner verletzt

3) die Vorschrift des §. 1220 B.P.O., welcher eine mündliche Verhandlung anordne, und den Anwältern das Recht ertheile, dasjenige vorzutragen, was sie im Interesse ihrer Partei vorzutragen für angemessen hielten. Dagegen sei mir nicht erlaubt worden, alle die vorgenannten Verletzungen der Vorschriften des Verfahrens enthaltenden, hofgerichtlichen Decrete anzugreifen.

4) Endlich habe das Hofgericht ein Urtheil erlassen, ohne weder den einen, noch den andern Theil gehört zu haben, und zwar im Widerspruch mit einem unmittelbar vorher selbst erlassenen, entgegenstehenden Urtheile.

Auf gepflogene Oberappellations-Verhandlungen wurden dann auch durch Uetheil vom 10. Februar l. J. sämmtliche von mir angegriffenen hofgerichtlichen Verfügungen aufgehoben. In den Entscheidungsgründen wurden jedoch nur die zwei ersten der aufgestellten Beschwerden eröffnet und namentlich ausgeführt, daß das Bezirksamt Adelsheim nicht nach Würtembergischen (wie das Hofgericht annahm), sondern nur nach Badischen Gesetzen zu verfahren gehabt habe, wovon die Folge sei, daß die Fristen zur Appellationsanmeldung und Einführung an dem Tage der Urtheilseröffnung zu laufen anfingen und daß hierbei die Förmlichkeiten der Würtembergischen Gesetze nicht zu beobachten seien. Die Unmöglichkeit, dieses zu thun, erhellte am allerdeutlichsten aus den aufgestellten Nichtigkeitsbeschwerden, unter welchen namentlich auch die geltend gemacht wurde, daß das Urtheil nicht unter Mitwirkung dreier, Sitz und Stimme habenden Schöffen erlassen worden sei, während die Richtigkeit der oberhofgerichtlichen Ansicht aus einer einfachen Erwägung der oben angeführten Bestimmungen des Staatsvertrags vom Jahre 1820 folgt.

Ueber die beiden weiteren Beschwerden verbreiteten sich die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe nicht, indem angenommen wurde, daß die beiden frühern schon genügten, nicht nur der Oberappellation Eingang zu verschaffen, ungeachtet der ermangelnden Oberappellationssumme, sondern auch die Aufhebung aller angegriffenen hofgerichtlichen Verfügungen zu rechtfertigen.

Einige Worte über das Verfahren des Hofgerichts auch in Betreff der beiden letzten Beschwerden wären jedoch meines Erachtens sehr erwünscht gewesen. Wenn die Sitte einreißen sollte, einem Anwalte geradezu das Wort zu verbieten, bevor er noch den Mund geöffnet hat, und ein Urtheil zu fällen, oder ein gefälltes abzuändern, ohne auch nur einen von beiden Theilen gehört zu

Digitized by Google

haben — dann könnte in unserm öffentlich mündlichen Verfahren kein Fortschritt zum Bessern mehr erkannt werden.

v. Struve, O.Ger.Adv.

III.

Entscheidungen in Wechselsachen.

II. Rückgriff.

Das großherzogliche Oberhofgericht hat in der Sache Hoffmann gegen Laurenzi den Grundsatz aufgestellt, daß der Bezogene und Acceptant dem Wechselinhaber als Hauptschuldner, die Indossanten aber nebst dem Aussteller als Bürgen für die Wechselzahlung haften und hieraus folgende Folgerungen gezogen:

1) der von dem Wechselinhaber belangte Indossant kann, ehe er gezahlt hat, sowohl seine Indossanten als den Aussteller, wie auch den Bezogenen belangen.

Arg. A. 167 des H.Rechts.
Art. 2032. Nr. 1 des L.Rechts.

2) Er kann diese im Wechselprozeß belangen, wenn er auch von dem Wechselinhaber in dem ordinären Prozeß belangt worden ist.

3) Er kann den Acceptanten auf die ganze Wechselsumme belangen, wenn auch vorausgesehen werden könnte, daß er dem Wechselinhaber nicht die ganze Summe zahlen werde.

Das großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises hatte in Bezug auf die beiden letzten Punkte entgegengesetzt entschieden.

Der Fall war dieser:

Hoffmann war in Gant gerathen. Es wurden verschiedene Wechsel, die Hoffmann indossirt hatte, die aber nicht bezahlt worden waren, liquidirt. Der Gläubigerausschuß belangte sofort den Acceptanten im Wechselprozeß, wurde aber in zwei Instanzen abgewiesen, — erst in dritter Instanz erfolgte ein günstiges Urtheil, begründet durch die oben erwähnten Prinzipien. Lassen sich diese vollkommen rechtfertigen? Der Art. 140 des H.Rechts scheint alle diejenigen, welche einen Wechsel ausgestellt, indossirt oder acceptirt haben, auf Eine Linie zu stellen, er erklärt sie für sammtverbindlich. Hiernach könnte der Wechselinhaber Jeden nach Willkür belangen.

Art. 1200. 1203. des L.Rechts.

Nach Art. 161 des H.R. muß aber der Inhaber die Zahlung zunächst bei dem Bezogenen fordern, und nach Art. 162—164 kann er erst dann gegen die Indossanten und den Aussteller seinen Rückgriff nehmen, wenn der Bezogene die Zahlung verweigert hat und diese Weigerung durch die Protesturkunde constatirt ist. Es rechtfertigt sich hiernach die Ansicht, daß der Bezogene, welcher acceptirt hatte, Hauptschuldner des Wechselinhabers ist; die Indossanten aber nebst dem Aussteller nur in dem Fall haften, wenn der Bezogene nicht bezahlt. Deren Verbindlichkeit ist eine subsidiäre — sie stehen nicht auf gleicher Linie mit dem Bezogenen — sie leisten für diesen nur Gewähr:

(ils sont garants solidaires du paiement) Art. 118. code de c.

Es ist auffallend, daß der Art. 140 des code de commerce auch von dem Acceptanten sagt:

il est tenu de la garantie solidaire.

Jede Garantie setzt eine zu garantirende Handlung voraus. Das bringt die Bedeutung des Wortes mit sich:

Garant est celui, qui est tenu de l'accomplissement d'un engagement pris par un autre,

sagt Devilleneuve in seinem Dictionnaire du droit commercial.

Art. 118 des code de c. drückt sich daher in diesem Sinne richtiger aus, wenn er sagt: Le tireur et les endosseurs sont garants solidaires de l'acceptation et du paiement à l'échéance. Sie haften dafür, daß der Bezogene acceptire und zahle. Sie sind daher wahre Gewährsmänner oder Garanten. Von derartigen Verbindlichkeiten handelt Art. 1120 des code c, wo es heißt:

On peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui ci sauf l'indemnité contre celui, qui s'est porté fort, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

Der Aussteller und die Indossanten sind daher zur Entschädigung verbunden, wenn der Bezogene das nicht leistet, was sie versprochen haben, daß er leisten werde: diese Entschädigung wird von ihnen gefordert mittels der action en garantie (Gewährleistungsklage), welche der Wechselinhaber anstellen kann, wenn der Bezogene nicht bezahlt hat.

Art. 164. code de c.

Gegen den Bezogenen aber hat er keine action en garantie, sondern eine direkte Klage.

Art. 121. code de c.

Pardessus cours de droit commercial Nr. 376. 415.

Die Aehnlichkeit des Verhältnisses dieser verschiedenen Personen zu dem Wechselinhaber mit dem zwischen Schuldner, Bürgen und Gläubiger stattfindenden läßt sich nicht verkennen. Der Gläubiger hat gegen den Schuldner die direkte Klage, gegen den Bürgen eine Klage dann, wenn der Schuldner nicht zahlt.

Art. 2011. des L.Rechts.

Nur die Einrede der Vorausklage und der Theilung steht den Indossanten und dem Aussteller nicht zu, weil sie solidarisch verhaftet sind.

Digitized by Google

Art. 118. des H.Rechts.
Art. 2021. des L.Rechts.

Man wird vermöge dieser Aehnlichkeit berechtigt sein, den Art. 2032. des L.Rechts auch auf das Verhältniß unter den Indossanten anzuwenden, zumal da Art. 167. des H.Rechts diese Anwendbarkeit vorauszusetzen scheint. Wenn nämlich der belangte Indossant seinen Vormann innerhalb bestimmter Frist belangen muß, so darf man wohl annehmen, daß der Gesetzgeber ihm auch die Möglichkeit zur Klage einräumen wollte. Man kann hieraus schließen, daß, so wie der Bürge, so auch der Indossant klagen darf, sobald er selbst belangt wird, ohne Rücksicht darauf, ob er den Wechselinhaber bereits befriedigt hat oder nicht.

Pardessus l. c. Nr. 442.

Dieser Schriftsteller citirt ein Urtheil des Cassationshofes vom 9. März 1818 in diesem Sinne.

Dr. Ladenburg.

IV.

A. Zur Auslegung des L.R.S. 1282. (Schulderlassung.)

B. dito. des §. 451. der Pr.O. (Aechtheitsbeweis.)

ad A.

In Frankreich ist allgemein der Grundsatz angenommen, daß der Schuldner, welcher, auf den L.R.S. 1282. sich berufend, den Besitz der Schuldurkunde, die er dem Gläubiger ausgestellt hatte, nachweist, vorbehaltlich des Gegenbeweises die Vermuthung für sich hat, daß er mit dem freien Willen des Gläubigers in den Besitz gekommen sei und daß diese Zurückgabe ein Zeichen der Erlöschung seiner Schuldigkeit sei. In den Annalen von 1837 Ne. 11 wurde versucht, diese Ansicht zu widerlegen und darzuthun, daß der Schuldner ungeachtet dieses Besitzes die freiwillige Rückgabe der Urkunde nachzuweisen habe.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises hat aus folgenden Gründen nach der ersteren Ansicht erkannt.

„Die Beklagten haben sich nun darauf berufen, daß sie die Rechtsurkunde des Gläubigers besäßen und daß nach dem L.R.S. 1282 die erhobene Klage dadurch als elidirt erscheine.

Diese Einrede ist an und für sich rechtlich begründet, wenn gleich nicht behauptet wurde, daß jene Urkunde freiwillig zurückgegeben worden sei; denn für die freiwillige Auslieferung spricht schon der Besitz der Urkunde selbst, und es ist Sache seines Gläubigers oder Rechtsfolgers, zu behaupten und zu beweisen, daß dieser Besitz ein precärer oder unrechtmäßiger sei.

Rogron cod. civ. ad art. 1282.

Jeder Besitzer hat nämlich nach L.R.S. 2230 und 2268 die Vermuthung für sich, daß er in eigenem Namen aus Eigenthumstiteln und in gutem Glauben besitze, und bei Fahrnissen gilt der Besitz sogar als Eigenthum. (L.R.S. 2279.)

Es hat deßhalb derjenige, der aus dem Besitz einer Sache Vortheile ziehen will, nicht nöthig, die Rechtmäßigkeit seines Besitzes darzuthun, sondern er hat in so lange die Vermuthung, daß er mit dem Willen des früheren Eigenthümers und in Folge eines Eigenthumstitels zu dem Besitz gelangt sei, für sich, als nicht dieser das Gegentheil beweist.

Dadurch, daß im L.R.S. 1282 nicht dem bloßen Besitz, sondern der freiwilligen Zurückgabe die Präsumtion der Erlöschung zugeschrieben wurde, ist an der gesetzlichen Regel der Beweislast nichts geändert, d. h. es sind die Sätze 2230, 2265 und 2279 für den Besitz einer Urkunde nicht aufgehoben worden und der Gesetzgeber hatte bei der Redaktion seinen guten und natürlichen Grund, warum er die Präsumtion der Erlöschung nicht dem bloßen Besitz zuschrieb, sondern die freiwillige Zurückgabe als Grund der Vermuthung für die Erlassung anführte. Der Grund liegt nämlich darin, weil duech die Verfügung, daß der Besitz für sich allein die präsumtio juris et de jure der Erlassung begründe, dem Gläubiger der Gegenbeweis, daß keine freiwillige Zurückgabe statt gefunden habe, abgeschnitten gewesen wäre, was vermieden werden mußte. Würde dagegen dem Besitz die Vermuthung der freiwilligen Zurückgabe, also der Rechtmäßigkeit und des Eigenthumstitels entzogen, so hätte die Vorschrift des Satzes 1282 für den Schuldner schlechthin keine Erheblichkeit."

ad B.

Im Laufe der weiteren Verhandlung des nämlichen Prozesses haben die Beklagten selbst durch nähere Aufschlüsse über den Erwerb des Besitzes der Urkunde die Vermuthung, daß ihnen die Urkunde von dem Kläger als Zeichen der Erlöschung seines Rechts zurückgegeben worden sei, nach der Ansicht des Gerichtshofes beseitiget, und es kam sofort auf die Einrede der Zahlung an, welche die Beklagten — als Erben des ursprünglichen Schuldners vorgeschützt haben.

Die Entscheidungsgründe sagen darüber folgendes:

„Die Beklagten haben den Beweis der Zahlung durch Vorlage einer Quittung angetreten und da der Kläger die Aechtheit dieser Privaturkunde bestritt, den Beweis der Aechtheit durch Schriftvergleichung zu führen versucht.

Das Gutachten der Sachverständigen fiel zu Gunsten der Beweisführer aus und es war daher nach §. 451 der Pr.O. ein Erfüllungseid zum vollständigen Beweise der Aechtheit oder ein Reinigungseid aufzuerlegen.

Der Unterrichter hat nun erkannt, „daß die Beklagten (als Erben des ursprünglichen Schuldners und Besitzers der

Digitized by Google

Quittung) schwören sollen, sie wüßten nicht anders, als daß die Urkunde ächt sei," indem er es für wahrscheinlich erachtete, daß den Beklagten der Notheid eher aufzulegen sei, als dem Kläger.

Allein dieses Erkenntniß beruht auf einer irrigen Auslegung des §. 451 der Pr.O.

Es ist hier von dem Beweise der Aechtheit einer Urkunde mittelst Schriftvergleichung die Rede und von den Wirkungen des Gutachtens der Experten.

Dieses Gutachten kann entweder dahin ausfallen, daß die Sachverständigen bestimmt erklären, die Urkunde rühre nicht von dem angeblichen Aussteller her, und was die Folge von dieser Erklärung ist, sagt der §. 452 der Pr.O.

Oder es können die Sachverständigen sich

1) bestimmt dafür erklären, daß die Urkunde als ächt anzusehen sei, oder

2) sich unbestimmt dahin äußern:

a) die Aechtheit sei zu bezweifeln, oder

b) sie sei nicht wahrscheinlich.

Der §. 451 der Pr.O. handelt von den unter 1. 2. a. u. b. aufgezählten Fällen, und es ist für alle diese Fälle der Hauptgrundsatz aufgestellt, daß auf einen Notheid erkannt werden müsse, während im Falle des §. 452 eine solche Eidesauflage nicht zulässig ist.

Es versteht sich von selbst, daß der in den ersteren Fällen aufzulegende Notheid nur die Aechtheit der Urkunde und nicht die Wahrheit derjenigen Thatsache zum Gegenstande hat, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, weil der Schlußsatz des §. 451 als Folge der Eidesleistung oder Verweigerung nur die Aechtheit, resp. Unächtheit der Urkunde, darstellt und nicht die Wahrheit oder Unwahrheit der durch sie zu beweisenden Thatsache.

Was nun die weitere Frage betrifft, welcher von beiden Parteien der Notheid aufzulegen sei, so stehen sich hier der Eid des Produzenten darüber, daß der Produkt die Urkunde unterschrieben habe, (Erfüllungseid) und der Ablängnungseid des Produkten, daß die Schrift nicht von ihm herrühre, (Ablängnungseid) einander gegenüber und es treten hier drei Rücksichten ein, welche zu entscheiden haben, nämlich:

a) das Resultat der Expertise,

b) die Frage, welcher von beiden über die Aechtheit überhaupt aus eigener Wahrnehmung schwören kann, und

c) auf die Vermuthungsgründe, welche dem Gutachten der Sachverständigen etwa entgegenstehen.

Der §. 451 verfügt nun als Regel, daß

1) da, wo die Urkunde für ächt erklärt wurde, der Produzent zum Erfüllungseide zugelassen werden soll, daß dagegen

2) in dem Falle, wo die Experten die oben sub a. u. b. angegebene Erklärung ausgesprochen haben, der Produkt zum Ablängnungseide zugelassen werden soll. Das Letztere ergibt sich deutlich aus den Worten — ist der Produkt zur eidlichen Ablängnung der Urkunde zuzulassen, und eben so in dem Falle, wo das Gutachten es für zweifelhaft oder nicht für wahrscheinlich erklärt, daß die Unterschrift vom Produkten herrühre.

Es soll jedoch, verfügt die Pr.O. näher — ad 1. dem Produzenten der Erfüllungseid

a) nur dann auferlegt werden, wenn sich der Fall in Bezug auf ihn zum Wahrheitseide eignet.

Nach §. 444 u. 475. Abs. 2. der Pr.O. ist der Wahrheitseid der Gegensatz vom Eid über Nichtwissen. Der Produzent darf also nur dann zum Erfüllungseide zugelassen werden, wenn er über das Wahrsein der Aechtheit schwören kann, ein Fall, welcher hier nicht vorliegt und weßhalb schon aus diesem Grund von einem Erfüllungseide des Produzenten keine Rede sein kann.

Es soll ferner

b) vom Erfüllungseid dann abgegangen werden können, wenn Umstände vorhanden sind, welche gegen die von den Experten angenommene Aechtheit der Urkunde sprechen, wenn also die in der Expertise liegende Vermuthung für die Aechtheit durch andere Vermuthungen entkräftet oder geschwächt wird.

Diese zweite Ausnahme, vermöge welcher der Richter vom Erfüllungseide abgehen kann, setzt natürlich voraus, daß die Sache sich überhaupt zum Erfüllungseid für die Produzenten eignet, daß also nicht allein die Expertise günstig ausgefallen ist, denn Mangels des ersteren Falles muß wie gezeigt, den Produkten der Ablängnungseid ohnedies schon auferlegt werden.

Im Widerspruche hiermit hat der Unterrichter dem Produzenten den Erfüllungseid auferlegt, obwohl dieser nicht nur keinen Wahrheitseid schwören kann, sondern nicht einmal einen Nichtwissenseid im Sinne des §. 444 der Pr.O., d. h. einen Eid über das Nichtwissen resp. Nichtkennen solcher Unterschriften, die von dem Rechtsvorfahrer herrühren, da es sich von einer Schrift ihres Gegners handelt.

Es geschah dies aus dem Grunde, weil außer der Expertise noch andere Vermuthungsbeweise für die Aechtheit sprechen. Er beruft sich hierbei auf den Abs. 2 des §. 451, allein dieser Absatz kann nicht auf den ganzen vorausgegangenen Inhalt des §. 451, sondern ad 2. nur auf diejenige Stelle bezogen werden, welche den Ablösungseid für den Fall als Regel anordnet, daß das Gutachten unbestimmt ausgefallen ist, welche Expertise ebenfalls wieder zwei Fälle unter sich begreift, die der Abs. 2 in einer gewissen Beziehung gleichstellt.

Von dieser Regel soll nämlich in dem einen wie in

Digitized by Google

dem andeen Falle abgegangen werden können, wenn Vermuthungsgründe für oder gegen die Aechtheit vorhanden sind, nicht aber kann dieser Ausnahmsfall auf die Regel sub 1 bezogen werden, ohne jene Regel nebst ihren Ausnahmen in Verwirrung zu bringen. Vielmehr muß selbst hier der Grundsatz beobachtet werden, daß da, wo nur eine Partei den Wahrheitseid schwören kann, keine Umstände den Richter berechtigen, der andern Partei einen Eid über Nichtwissen aufzulegen, da bei dem Notheide stets derjenige den Vorzug haben muß, welcher de veritate schwören kann.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Anmerkung. An die hier enthaltenen Betrachtungen über den §. 451 reihen sich noch folgende an. Aus den gesetzlichen Bestimmungen des §. 451 ergiebt sich klar, daß die Expertise der Schriftverständigen in keinem Falle den vollen Beweis der Aechtheit liefert, und es entsteht deßwegen die Frage: kann der Beweis der Aechtheit bei einem der Produzenten günstigen Resultat des Gutachtens nur durch einen Notheid, oder kann er auch durch andere Beweismittel ergänzt werden, so daß es keines Eides bedarf. Der §. 444 erklärt ausdrücklich, daß Zeugenbeweis zur Herstellung der Aechtheit zulässig sei und es wird wohl keinem Anstande unterliegen, daß ein unvollständiger Zeugenbeweis durch ein günstiges Gutachten zum vollkommenen Beweise der Aechtheit erhoben werden kann.

Das Landrecht stellt dem Zeugenbeweise hinsichtlich der Zulässigkeit den Beweis durch Vermuthungen völlig gleich; kann nun auch durch Vermuthungen, welche sich zu dem Gutachten gesellen, die Aechtheit vollständig und ohne Notheid hergestellt werden? Oder entscheiden die hinzukommenden Vermuthungen nur über die Frage, welchem von beiden Parteien der Notheid aufzulegen sei?

Der §. 451 spricht von Gründen für und wider die Annahme der Aechtheit, welche sich aus anderen Umständen, d. h. aus Thatsachen außer dem Resultat der Schriftvergleichung ergeben, und hat dabei offenbar nichts anderes, als Vermuthungsgründe vor Augen. Er sagt aber nicht, daß diese Vermuthungen den Eid unnöthig machen, sondern nur, daß sie in der richterlichen Wahl des Schwörenden den Ausschlag geben sollen, woraus zu folgen scheint, daß dem Vermuthungsbeweis jeder weitere Einfluß abgeschnitten ist.

Bei näherer Betrachtung möchten jedoch folgende Grundsätze die richtigen sein:

1) Die Pr.O. spricht zwar von einem speziellen Fall der Beweisführung, nämlich über die Aechtheit einer Urkunde, und erwähnt dabei des Beweises durch Vermuthungen als eines selbstständigen Beweismittels nicht, allein es ist demungeachtet nicht anzunehmen, daß sie die allgemeine Regel des Satzes 1353 habe aufheben wollen, da sie in §. 444 ausdrücklich sagt: „außer den übrigen Beweismitteln sei auch der Zeugenbeweis zulässig.“ Der §. 451 spricht auch nicht von Vermuthungen im Allgemeinen, sondern nur von deren Wirkung in speziellen Fällen, wenn sie nämlich

a) bei einer bestimmten, dem Produzenten günstigen Expertise gegen diese sprechen, oder wenn

b) kein bestimmter Ausspruch der Experten vorliegt.

2) Vermuthungen sind Schlüsse, welche der Richter aus einer bekannten Thatsache auf eine unbekannte zieht, Satz 1349. Die unbekannte Thatsache ist hier die Aechtheit der Urkunde. Es muß also die Vermuthung, wenn sie als Beweismittel für die Aechtheit gelten soll, einen unmittelbaren Schluß für diese Aechtheit begründen.

Vermuthungen, welche für die Wahrheit der Thatsache sprechen, welche durch die Urkunde erwiesen werden soll, sind nicht zulässig zum Beweise der Aechtheit der Urkunde, denn dieses würde schon dem L.R.S. 1349 zuwider sein, indem man eine Vermuthung auf eine Vermuthung stützen würde. Ist nämlich die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, eine dem Richter bekannte, so bedarf es eo ipso des Beweises derselben durch Urkunden nicht mehr. Ist sie aber noch unbekannt und nur etwa wahrscheinlich, so darf sie der Richter nicht als Basis eines Vermuthungsbeweises benutzen, weil das Gesetz hiefür ausdrücklich eine bekannte Thatsache verlangt und nur vollständig erwiesene Thatsachen als bekannt angesehen werden können.

Wollte man hiervon abweichen, so würde man eine, nur durch Vermuthungen wahrscheinlich gemachte Thatsache zur Basis nehmen und so — wie schon bemerkt, eine Vermuthung auf eine Vermuthung, nicht aber auf eine bekannte Thatsache bauen. Man würde ferner zu dem Resultate gelangen, daß am Ende eine Thatsache, worüber kein Vermuthungsbeweis zulässig ist, dennoch auf den Grund mehrerer Vermuthungen als erwiesen angesehen würde, nämlich

a) auf den Grund eines Gutachtens der Schreibverständigen, welches für sich allein nichts anderes als einen Vermuthungsbeweis dafür bildet, daß die Urkunde ächt, folglich ihr Inhalt wahr sei,

b) auf den Grund von mehreren Vermuthungen, die für das Rechtsgeschäft selbst, nicht aber unmittelbar, sondern nur folgeweise für die Aechtheit der Urkunde sprechen.

Was ist aber dieses zusammengenommen Anderes, als ein Vermuthungsbeweis für die Hauptsache? Umstände, die für die Wahrheit oder Unwahrheit der Klage oder Einrede selbst sprechen, mögen zwar dienlich sein, um die richterliche Auswahl des Schwörenden zu bestimmen, nicht aber um diesen Eid überflüssig zu machen und den Beweis zu ergänzen.

3) Wenn übrigens der Beweisführer glaubt, durch Vermuthungen für die Aechtheit einer Urkunde diese Aechtheit erweisen zu können, so muß dieses durch eine förmliche Beweisantretung nach dem 27sten Titel der Pr.O. geschehen, widrigenfalls der Richter amtshalber diese Vermuthungen — wenn sie sich etwa sonst in den Akten zeigen, nicht als selbstständiges Beweismittel, sondern nur für die Auswahl des Schwörenden benutzen darf, weil ihm nur zu diesem Zweck erlaubt ist, von Amtswegen Vermuthungen zu berücksichtigen.

4) Wie sich schon aus Abs. 2 ergiebt, muß die der Vermuthung zum Grund liegende Thatsache bekannt, also vollständig erwiesen sein, sonst darf der Richter keine Vermu-

Digitized by Google

thung daraus abstrahieen. Er darf z. B. nicht eine außergerichtliche Aeußerung des Produkten, welche nur duech einen Zeugen bewirsen ist, als Grundlage einer richterlichen Vermuthung benutzen.

In Sirey 1839 tom. 1. p. 619 finden wir einen Rechtsfall mitgetheilt, dem als Ueberschrift die Feage vorgesetzt ist: ob dee Richtee in Sachen, wo Veemuthungsbewris zulässig ist, als Basis dieses Beweises eine Thatsache annehmen könne, welche ebenfalls nue eine Vermuthung als Beweismittel für sich hat? nnd es ist zu diesem Falle die Anmerkung gemacht „es scheine, dee Gerichtshof habe diese Frage entschieden, doch meine der Herausgebee, die Richtee dürften diesrn Grundsatz nur mit ausnehmendee Vorsicht anwenden."

Mir scheint jrdoch in jenem Rechtsfalle, in welchem dirse Frage nicht speziell aufgeworfen wurde, auch keine deraetige Entscheidung zu liegen und in keinrm Falle wäre eine solche Entscheidung zu billigen, sowie hiee nicht von vorsichtigre Anwendung, sondern nue von Bejahung oder Verneinung des Grundsatzes die Rede sein kann.

Stabel.

V.

Erkenntnisse auf Ehescheidungsklagen.

In Sachen des Karl H. gegrn seine Frau, so wie in Sachen drs A. R. S. gegen seine Frau, wegen Ehescheidung aus bestimmtee Uesache, wurde vom betreffenden Hofgerichte auf Einkunft der Akten erkannt: „daß das Verfahren über die Scheidungsklagen als nichtig aufzuheben sei;" — im eesteren Falle drßhalb, weil die Scheidungsklage zu Peotokoll vorgetragen, im zweiten Falle, weil sie eingrsendet worden wae. Der Gerichtshof gieng dabei von der Ansicht aus, daß die Verletzung der Vorschrift des L.R.S. 236, wornach die Klage drm Amtsvorstand oder seinem Stellvertreter übergeben werden solle, nach Maßgabe des L.R.S. 6 k als unhrilbare Nichtigkeit zu betrachten sei. —

Diesre Erledigung der betreffenden Scheidungsklagen dürfte schon in formellee Hinsicht entgegenstreben, daß das Landrecht dem urthrilenden Richter nirgends die Befugniß einräumt, auf Anteag einer Partei, oder gar ex officio, wie in obigen Fällrn grschehen war, das Scheidungsverfahren zu annulliern. Es kann das Gericht nur entweder die Scheidung erkennen, odrr den Antrag auf Scheidung abweisen. L.R.S. 246. 247. 258. 262. — Eben so verordnet die Ehevrdnung §. 67, daß nach erschöpfter Verhandlung ausgesprochen weeden soll, ob ein Scheidbrief zu eetheilen, odee die nachgesuchte Trennung zu verwerfen sei. Auch aus §. 11 des zweiten Einführungsediktes ergiebt sich, daß vom Hofgerichte nur eine Endverfügung über das Mateeielle des Gesuches zu erlassen ist. — Zu Kassirung des Verfaherns ex officio fehlt nebstdem in der sonstigen Gesetzgebung jene Analogie.

Im Uebrigen verweise ich, zu Vermeidung von Wiederholungen, auf die Annalen von 1839. S. 125. 126.

Kirn.

VI.

Hofgeeicht des Unteerheinkeeises.

Geständniß und Eideszuschiebung in Vermögensabsonderungsprozessen sind unzulässig.

Der Aet. 870. des code de proced. schreibt über die Vermögensabsondeeung vor:

L'arcu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers.

Das unterrheinische Hofgericht I. S. hat in S. Kraus gegen Kraus diesrlbe Folge aus dem L.R.S. 1443. abgeleitet, und sich in den Entscheidungsgründrn dahin ausgrsprochrn:

1) Die Erklärungen des Mannes haben nicht die rechtlichrn Wirkungen des L.R.S. 1356.

Wenn dirses auch nicht speziell vorgeschrieben ist, wie es füe Frankreich duech Art. 870. des code de pr. geschah, so ist die Unwirksamkeit der Geständnisse des Mannes doch einr nothwendigr Folge dee Vorschrift, daß jede außerordentliche Vermögrnsabsondeerung ungültig sei.

Betrachtet man den Urtext drs Satzes 1443, welcher von einer separation volontaire spricht, und vergleicht man damit den Absatz 1. jenes Artikels, woenach eine Vermögensabsonderung nue gerichtlich verlangt werden kann, so muß unter dem, der geeichtlichen Absonderung entgegrn gesetzten Ausdruck „außeeordntlich" eine außergerichtliche odee veetragsmäßige verstandrn werden.

Wenn abee den Eheleuten bei Strafe dee Nichtigkeit unteesagt ist, durch beiderseitigrs Uebeeeinkommen ihr Veemögen abzusondern, so ist dee Mann auch nicht fähig, Geständnisse abzulegrn, welche dieselbe Wirkung haben wie eine solche freiwilligr Uebereinkunft †). Es würde sonst dee Zweck des Gesetzes, welchrr bei der Absonderung nicht allein das Interesse dee Ehrfrau, sondeen auch das Interesse deitter Personen vor Augen hat, ganz veeeitelt. Es stünde den Ehegatten frei, durch Erdichtung und Zugaben von Thatsachen eine Absonderung, und folgeweise eine duech L.R.S. 1395 untersagte Abänderung ihrer Güterrechte herbeizuführen, ohne daß diejenigen Voeaussetzungen vorhanden sind, unter welchen allein die Absonderung gestattet ist.

2) Das Beweismittel der Eideszuschiebung ist aus gleichem Geunde unzulässig, aus welchem das Geständniß des Mannes keinen Weeth hat, denn worüber man sich nicht vergleichen kann, daeübrr darf bekanntlich auch kein Eid zugeschoben weeden. Die Verweigeeung des Eides würde nämlich nichts anderes als ein fingirtes Geständniß, oder rin stillschwrigendes Uebereinkommen über das Klagbegehren zue Folge haben, was ebensowenig beachtet werden darf, als das ausdeückliche. (Vergl. Zachariä IV. p. 414, 418.)

Stabel.

†) Martin §. 123 a zählt unter die Erforderniße der confessio, daß das Rechtsverhältniß, auf welches der nachtheilige Einfluß des Geständnisses sich äußeen wird, der Privatwillkür überlassen sei.

Hauptredakteue: Vicekanzlee Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 22. | Karlsruhe den 29. Mai 1841.

I.

Ueber den Schiedsvertrag im sechsten Titel der Prozeßordnung.

§. 1. Im Laufe eines Rechtsstreites erklärte der Kläger am Schlusse seiner Replik:

> Schließlich bemerke ich noch, daß ich zu einem Schiedsvertrage sehr bereitwillig die Hand bieten würde und bisher, wiewohl vergeblich, die Mittheilung des Entwurfes eines solchen Vertrages vom Beklagten erwartet habe.

Das Untergericht setzte sofort eine Frist zum Abschlusse dieses Vertrages fest und der Beklagte theilte unverzüglich dem Kläger einen desfallsigen Entwurf mit, welcher in einem Privatschreiben den Empfang desselben mit den Worten anzeigte:

> Nach meiner Zurückkunft wird es mein erstes Geschäft seyn, den Schiedsvertrag, mit dessen Entwurf ich in der Hauptsache schon einverstanden bin, gehörig auszufertigen und zum Vollzuge an Sie rückzusenden.

Bald hierauf ging aber der Kläger von dieser getroffenen Uebereinkunft einseitig wieder ab und verlangte vom Richter die Entscheidung des Prozesses auf civilrechtlichem Wege.

Der Beklagte berief sich auf den über die schiedsrichterliche Entscheidung zu Stand gekommenen Vertrag und insbesondere auf den von Seiten des Klägers in der Hauptsache bereits angenommenen schriftlichen Entwurf eines Schiedsvertrags, worauf er die Behauptung gründete, daß die von den Partheien gewählte schiedsrichterliche Entscheidung statt finden müsse.

Bei diesem Inzident-Punkte sind nun die beiden Fragen zu beantworten:

I. Ist in einem vorhandenen Rechts-Streite die Uebereinkunft der Partheien, ihre Rechtssache schiedsrichterlich entscheiden zu lassen, nur dann verbindlich, wenn diese Uebereinkunft schriftlich und zwar nach der Bestimmung des §. 195. der Prozeßordnung zu Stand gekommen ist?

II. Muß im vorliegenden Falle der vom Kläger in der Hauptsache angenommene Entwurf eines schriftlichen Schiedsvertrages als verbindlich für denselben betrachtet werden?

§. 2. Wir beantworten die erste der im §. 1. aufgestellten Fragen dahin,

> daß zu dieser Uebereinkunft ein schriftlicher Schiedsvertrag mit den Erfordernissen des §. 195. der Prozeßordnung nicht wesentlich sei.

Die Gründe dieser Behauptung sind folgende:

A. Die Literal-Kontrakte des römischen oder die schriftlichen Verträge des badischen Landrechts sind solche Verträge, bei welchen entweder durch das Gesetz oder durch eine ausdrückliche Verabredung der Kontrahenten ein schriftlicher Aufsatz zur Bedingung der Gültigkeit der Uebereinkunft gemacht ist.

Unser Landrecht spricht in den Sätzen 1394. 1582. 1714. 1834. 1923. 1985. 2074. von den schriftlichen Verträgen; hier ist aber von dem hier in Frage stehenden Schiedsvertrage keine Rede. Demnach erscheint der letztgenannte Vertrag nach den Bestimmungen des Landrechts nichts als ein Schriftvertrag.

B. Die Prozeßordnung — als spezielles Gesetz rücksichtlich des hier in Frage stehenden Schiedsvertrages — gestattet im §. 187. die schiedsrichterliche Entscheidung unbedingt in allen Fällen, wo selbe von den Partheien gewählt wird, ohne hier einen schriftlichen Schiedsvertrag zu fordern.

Das Gesetz begünstiget offenbar diese Art der Erledigung von Rechtsstreiten und zwar mit Recht, weil sie für loyale, gebildete Menschen gewiß die angenehmste ist. Einem Rechtsstreite kann oft der friedlichste Mann nicht ausweichen, weil die Pflicht gegen seine Familie die eigene Vertheidigung erheischt; allein selbst der gewissenhafte Familienvater wird die Entscheidung seiner bestrittenen Ansprüche gern einigen wohl gewählten Schiedsrichtern überlassen.

C. Der §. 189. unserer Prozeßordnung gestattet sogar, daß man sich im Voraus verbindlich mache, künftig etwa entstehende Streitigkeiten schiedsrichterlich entscheiden zu lassen.

Digitized by Google

Wenn also in irgend einem — auch mündlichen — Vertrage die Kontrahenten festsetzen, daß im Falle eines zwischen ihnen etwa entstehenden Rechtsstreites dieser durch Schiedsrichter geschlichtet werden solle, so gilt dieser Vertrag, ohne daß ein schriftlicher Schiedsvertrag insbesondere hierüber errichtet wird. Denn

a) der angeführte §. 189. der Proz.-Ord. schreibt diese schriftliche Abfassung nicht ausdrücklich vor, was doch nach seinem allgemeinen, unter b näher beleuchteten Inhalte hätte geschehen müssen.

b) Wollte man demungeachtet einen schriftlichen Schiedsvertrag nach §. 195. der Proz.-Ord. fordern, so würde dieser

aa) nicht einmal möglich sein, weil man bei einem noch gar nicht vorhandenen Rechtsstreite auch nicht den streitigen Gegenstand bezeichnen kann, was doch nach der Vorschrift des §. 195. der Proz.-Ord. zum schriftlichen Schiedsvertrage wesentlich erfordert wird.

bb) In dieser Urkunde sollen auch die Schiedsrichter namentlich bezeichnet werden — §. 195. der Proz.-Ord. — allein es ist gewiß ganz ungeeignet und zweckwidrig, für einen in der Folge *vielleicht* entstehenden Rechtsstreit jetzt schon die Schiedsrichter zu benennen. Erwägt man hierbei noch, daß nach §. 212. Nr. 1. der Proz.-Ord. die ganze Vollmacht der Schiedsrichter erlischt, wenn auch nur ein Einziger derselben stirbt, so wird man die Behauptung gerechtfertigt finden, daß nach dem Grund und Zweck des Gesetzes — Landrechtsatz 4. a. — ein eventueller schriftlicher Schiedsvertrag auch in der oben angegebenen Beziehung nicht stattfinden könne.

cc) Nach der Vorschrift des §. 196. der Proz.-Ord. soll nicht minder die Annahme der Vollmacht von Seiten der erwählten Schiedsrichter schriftlich geschehen.

Allein es ist bereits unter aa. die Unmöglichkeit und unter bb. die Unzweckmäßigkeit eines schriftlichen Schiedsvertrages im Falle des §. 189. der Proz.-Ord. gezeigt worden; demnach liefert die eben angeführte Vorschrift des §. 196. der Proz.-Ord. einen weitern Beweis, daß die Bestimmung des § 195. der Proz.-Ord. als eine allgemein verbindliche, zu jedem Schiedsvertrag wesentlich nothwendige, nicht betrachtet werden könne. *) —

c) Ein Vertrag ist die Uebereinstimmung von zwei oder mehrern Personen, wodurch sich die eine gegen die andere verbindlich macht, etwas zu geben oder zu thun oder zu unterlassen. Landrechtsatz 1101.

Im vorliegenden Falle haben die beiden Partheien sich gegen einander verbindlich gemacht, ihren Rechtsstreit nicht auf civilrechtlichem, sondern auf schiedsrichterlichem Wege entscheiden zu lassen.

Dieser vollständige Vertrag erfordert redlichen Vollzug und verbindet zu allem, was selbst nur billiger Weise aus ihm gefolgert werden kann. Landrechtsätze 1134. 1135.

Wenn nun auch ein schriftlicher Schiedsvertrag nach der Vorschrift des §. 195. der Proz.-Ord. nicht zu Stand gekommen wäre, so müßte doch auf jeden Fall die *vertragsmäßige*, schiedsrichterliche Entscheidung stattfinden, weil jeder Vertrag, somit auch der über einen einzugehenden Schiedsvertrag gehalten werden muß. „Oberhofgerichtliche Jahrbücher, vierter Jahrgang 1826. S. 125."

Hienach würden nun

aa) die Partheien vom Richter zur Bezeichnung der Schiedsrichter aufzufordern sein.

Weigert sich eine Parthei, dieses zu thun und den Vertrag — wovon die Ernennung der Schiedsrichter eine nothwendige Folge ist — hierin zu vollziehen, so hat der Richter unbedenklich das Recht, den widersprechenden Theil unter dem Präjudiz vorzuladen — Proz.-Ord. §. 653. —, daß bei wiederholter Weigerung für selbe ein Schiedsrichter von Amtswegen werde ernannt werden.

Die Berechtigung zur Androhung dieses Rechtsnachtheils und nöthigenfalls die wirkliche Ernennung eines Schiedsrichters von Amtswegen liegt in dem analogisch anwendbaren Anhangssatz 55. und 60. des Landrechts — vergl. das unter D. Nachfolgende —, ferner im §. 200. und §. 537. der Proz.-Ord., endlich in der Natur dieses ganzen Rechtsverhältnisses.

bb) Auch die Form des schiedsrichterlichen Verfahrens hängt von der Uebereinkunft der Partheien ab nach §. 200. der Proz.-Ord. Wenn jedoch diese hierüber weder mündlich noch schriftlich etwas festgesetzt haben, so kommen die Bestimmungen des §. 200. Nr. 1—4. der Proz.-Ord. zur Anwendung.

---

*) Die hier angeführten Gründe a. b. aa. bb. cc. sprechen allerdings dafür, daß für die Fälle des §. 189. der Proz.-Ord. die Vorschrift des §. 195. keine Anwendung finde. Der §. 189. handelt speciell von dem Falle, wo bei einem Vertrage im *Voraus* verabredet wird, künftig etwa erst entstehende Streitigkeiten durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Hier muß es genügen, wenn diese Verabredung als eine Bedingung des Vertrags, aus welchem Streitigkeiten entstehen können, die nämliche Form besitzt, welche dieser Vertrag (der Hauptvertrag) selbst hat. Aber alle angeführten Gründe haben keine Beziehung auf die andern Fälle, wo, wie der §. 195. voraussetzt, die Statthaftigkeit der schiedsrichterlichen Entscheidung nicht schon durch das *Gesetz* oder durch ein Geding des *Hauptvertrags selbst* begründet ist, sondern erst im Falle eines eingetretenen Streits durch einen besonderen eigenen Schiedsvertrag begründet werden soll. Für Fälle der letzteren Art muß unbedingt die Vorschrift des §. 195. zur Anwendung kommen. D. Red.

Digitized by Google

Es ist also auch in dieser Beziehung ein schriftlicher Schiedsvertrag nicht wesentlich, sondern beim Mangel desselben treten die angeführten gesetzlichen Bestimmungen ein.

D. Die Kraft des badischen Landrechts als allgemeinen Civilgesetzbuches erstreckt sich in der Regel auf Alles, was innerhalb der Gränzen des Großherzogthums sich befindet und zwar sowohl auf Personen und deren Rechtsgeschäfte als auch auf Sachen.

Das Handelsrecht als Anhang zum Landrecht spricht im dritten Titel, zweiten Kapitel von der schiedsrichterlichen Entscheidung in streitigen Societäts-Sachen und muß als allgemeines Recht auch in denjenigen Beziehungen zur Anwendung kommen, welche die Prozeßordnung in ihrem sechsten Titel entweder ganz mit Stillschweigen übergangen hat, oder mit welchen das Handelsrecht wenigstens nicht im Widerspruche steht.

Diese Behauptung wird unterstützt durch den §. 215. der Prozeßordnung, wonach diese auch in Streitigkeiten von Handelsgesellschaften bei ihren Societätsangelegenheiten für anwendbar erklärt wird, in so weit die Bestimmungen der Proz.-Ord. mit jenen des Handelsrechts nicht im Widerspruche stehen. Umgekehrt findet also auch das Handelsrecht beim sechsten Titel der Proz.-Ord. seine Anwendung da, wo die Bestimmungen des Handelsrechts mit jenen der Prozeßordnung nicht im Widerspruche stehen. †)

Hienach kömmt somit

a) der Anhangs-Satz 55. in dem oben unter C. c. aa. gedachten Falle zur Anwendung.

Die Proz.-Ord. enthält nämlich keine ausdrückliche Bestimmung über denselben und der Anh.-Satz 55. steht auch mit keiner andern desfallsigen Vorschrift der Proz.-Ord. im Widerspruche.

b) Auf gleiche Weise kömmt auch der Anh.-Satz 59. beim sechsten Titel der Prozeßordnung zur Anwendung.

Dieser Anh.-Satz verfügt, daß die Schiedsrichter den Partheien eine peremtorische Frist zur Vorlegung ihrer Papiere und Denkschriften ertheilen können.

Der §. 200. der Proz.-Ord. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung und der Anh.-Satz 59. widerspricht auch nicht den sonstigen Vorschriften der Prozeßordnung.

c) Eben so kömmt ferner der Anh.-Satz 54. zur Anwendung, welcher dem Richter die Festsetzung der Zeit zur Ertheilung des schiedsrichterlichen Erkenntnisses alsdann überläßt, wenn die Partheien hierüber nichts festgesetzt haben.

Der §. 200. Nr. 3. der Proz.-Ord. überläßt zwar die Bestimmung der „Fristen" ohne nähere Bezeichnung den Schiedsrichtern; allein diese Fristen dürften nach der ganzen Fassung dieses §. 200. nur auf die Thätigkeit der Partheien rücksichtlich ihrer Erklärungen und Beweisführungen Bezug haben. Dagegen ist von einer Frist für die Schiedsrichter, binnen welcher sie ihr Erkenntniß ertheilen sollen, ausdrücklich keine Rede. Es enthält ferner der angeführte Anh.-Satz 54. nirgends einen Widerspruch mit der Prozeßordnung.

Nach dem bisher unter D. Ausgeführten wird also die Behauptung gerechtfertiget sein, daß das Handelsrecht zur Ergänzung des sechsten Titels der Prozeßordnung anwendbar sei.

§. 3. Wir kommen nun zur Beantwortung der Frage II.:

Ob der hier vorliegende schriftliche Vertrags-Entwurf verbindlich sei?

Wir bejahen diese Frage aus folgenden Gründen:

A. Der hier vorliegende Entwurf eines Schiedsvertrages genügt allen Vorschriften der Prozeßordnung in ihren §§. 195. 200. 202.

Er ist von Einem der streitenden Theile auf das gerichtliche Verlangen des andern Theils entworfen und dem letztern zur Annahme mitgetheilt worden. Diese Annahme ist auch in der That durch das erklärte Einverständniß in der Hauptsache erfolgt. *)

Demnach wird

a) durch den gedachten Entwurf eine vollendete Abrede beweislich gemacht und das Versprochene muß gehalten werden, selbst wenn es wegen der mangelnden Form an und für sich nicht gefordert werden könnte. **) „Brauer, Erläuterungen, Bd. 3. S. 252. §. 235."

---

†) Diesen Satz möchte ich nicht unterschreiben. Die Pr.-Ord. ist ein allgemeines Gesetz über das Verfahren; dagegen gilt das, was das Handelsrecht diesfalls enthält, als specielles Gesetz für Handelssachen. Es ist also naturgemäß, daß, wie der §. 215. der Pr.-Ord. vorschreibt, die allgemeinen Bestimmungen der Pr.-Ord. auch für Handelssachen gelten, soweit das Handelsrecht nichts Singuläres enthält. Aber daraus folgt nicht, daß umgekehrt auch das Singuläre allgemeine Anwendung finde, soweit ihm die allgemeinen Vorschriften nicht widersprechen. Eine direkte Anwendung können also die Bestimmungen des Handelsrechts in andern Streitsachen nicht finden, wohl aber nach Satz 4 a. eine analoge, wo weder das Wort noch der Geist der Pr.-Ord. etwas Anderes mit sich bringt. Diese bloß analoge Anwendbarkeit des Handelsrechts auf andere Fälle ist im Anh.-Satz 1 b. auch ausdrücklich ausgesprochen. In Bezug auf den Anh.-Satz 55. dürfte übrigens diese Analogie allerdings begründet sein für die Fälle, wo die schiedsrichterliche Entscheidung im Allgemeinen verabredet, aber kein Schiedsvertrag nach §. 195. errichtet ist, und der eine Theil sich nun weigert, die Schiedsrichter zu ernennen. D. Red.

*) Zur Verbindlichkeit eines Vertrags-Entwurfs fordert der S. 1340 a. nicht nur, daß man in der Hauptsache einig sei, sondern auch daß kein Nebenpunkt mehr zur weitern Vereinbarung ausgesetzt sei. D. Red.

**) Wenn es an der gesetzlichen Form fehlt, so kann das Versprochene keineswegs gefordert werden, aber es ist dafür Entschädigung zu leisten. S. 1340 b. D. Red.

Digitized by Google

b) Jeder Vertrag, also auch der, mit einem Andern einen Schiedsvertrag eingehen zu wollen, ist rechtsgültig, sobald die Punkte des Letztern zureichend bestimmt sind. „Oberhofgerichtliche Jahrbücher, v. J. 1826, vierter Jahrgang, S. 125."

Diese Vertragspunkte sind aber im fraglichen Entwurfe genau bestimmt, somit ist der Vertrag durchaus rechtsgültig.

B. Hiergegen könnte man einwenden, daß nach §. 195. der Proz.-Ord. wenigstens eine Privaturkunde und hierzu die im vorliegenden Falle fehlende Unterschrift der Kontrahenten nebst Beifügung des Tages und Jahres erfordert werde.

Allein

a) nach dem eben Angeführten erzeugt schon der vorliegende Vertrags-Entwurf eine rechtliche Verbindlichkeit für beide Kontrahenden.

b) Ist die schriftliche Uebereinkunft in der Hauptsache erwiesen, und es hat also Jeder der Kontrahenden das Recht, den andern gerichtlich zu zwingen, daß eine giltige Privat- oder öffentliche Urkunde nach den wesentlichen Bestimmungen des Vertrags-Entwurfes gefertigt werde. Vergl. Landr.-Zus. 1340. b.

c) Die zur Giltigkeit einer Privat-Urkunde nöthigen, hier fehlenden Requisite, können höchstens die Wirkung erzeugen, daß noch andere Beweise nöthig sind. — Brauer, Erläuterungen, Bd. 3. S. 247. §. 230. b — um jenem Vertrags-Entwurfe volle Beweiskraft zu ertheilen.

Diese Beweismittel sind aber hier unnöthig, weil die Richtigkeit jenes Vertrags-Entwurfes und seiner Annahme gar nicht geläugnet, sondern nur behauptet wird, daß zur Giltigkeit eines Schiedsvertrages die im § 195. der P.O. vorgeschriebene Form wesentlich erfodert werde. —

Nach dem in diesem §. 3. Ausgeführten ist also auch der hier in Frage stehende, schriftliche Vertrags-Entwurf für den einseitig zurücktretenden klagenden Theil eben so verbindlich, wie für den beklagten Theil.

§. 4. Wenn aus der bisherigen Erörterung hervorgeht, daß der Schiedsvertrag ein Literal-Kontrakt nicht sei, so folgt hieraus weiter, daß der §. 195. der Proz.-Ord. nur da seine Anwendung finde, wo die Kontrahenten kein anderes Beweismittel ihres Schiedsvertrages als eine öffentliche oder Privat-Urkunde haben. Die Erfordernisse dieser Urkunden werden dann nach dem angeführten §. 195 zu beurtheilen sein.

Es ist übrigens auf die Nichtbeobachtung dieses §. 195 nirgends eine Nichtigkeit ausdrücklich gesetzt, somit wird es nach Landrechts-Zusatz b. k — welcher hier nach §. 962 der Proz.-Ord. zur Anwendung kömmt — jedenfalls dem Richter überlassen bleiben, ob er einen Schiedsvertrag nach den vorliegenden Umständen auch dann will gelten lassen, wenn er der Vorschrift des §. 195 der Proz.-Ord. nicht Genüge leistet. *)

Kinhinger.

II.

Erörterung der Frage, ob der Untercollecteur einer Lotterie mit den Spielern in einem Verhältnisse steht, welches Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt, und ob insbesondere der Untercollecteur durch einen in den Grenzen seiner Vollmacht abgeschlossenen Vertrag den Spielern verpflichtet wird?

Im Jahr 1828 wurde die Herrschaft Nawsle in Mähren unter Garantie des Handlungshauses Grüner und Dörflinger zu Wien, mittels einer Lotterie zum Ausspielen ausgesetzt, und zum Absatz der Loose im Großherzogthum Baden die Staatsbewilligung ertheilt. Unter Andern wurde Handelsmann Heinrich Nägele in Schaffhausen als Hauptcollecteur aufgestellt, und dieser ernannte den damaligen Handlungs-Commis, Carl Hafner in Donaueschingen zum Untercollecteur.

Die Loose, welche in Umlauf gesetzt wurden, waren zweierlei Art, nämlich rothe und schwarze. Für das rothe Loos mußten 5 fl. 24 kr., für das schwarze dagegen nur 5 fl. bezahlt werden.

Der Eisenhändler Joseph Böhrenbach von Bräunlingen kaufte nun als Bevollmächtigter mehrerer dortigen Individuen, 17 schwarze und 15 rothe Loose, im Gesammtbetrag zu 166 fl., und zahlte diese Summe gegen Aushändigung der Loose dem Untercollecteur Hafner sogleich baar aus, welcher sofort das Geld dem Hauptcollecteur Nägele in Schaffhausen zusandte. Letzterer sendete hienächst das Geld unter der Adresse des Handlungshauses Grüner und Dörflinger nach Wien, ohne zu wissen, das gedachtes Handlungshaus inzwischen in Falliment gerathen war. In dem Momente, wo das Geld zu Wien anlangte, wurde bei Grüner und Dörflinger die Inventarisation vorgenommen, und fragliche 166 fl. giengen dem Depositen-Amt des Magistrats der Stadt Wien zu. Durch dies Falliment des die Lotterie dirigieenden Handlungshauses in Wien, unterblieb die Ausspielung der Herrschaft Nawsle, und so geschah es, daß der Eisenhändler Böhrenbach nicht mehr zu dem für mehrere Einwohner von Bräunlingen gemachten Einsatz gelangte.

---

*) Da der §. 195 sagt: „Der Schiedsvertrag muß in eine Urkunde errichtet werden," — so erklärt er die Urkunde als eine nothwendige Förmlichkeit, deren Nichtbeobachtung also den Schiedsvertrag nach Satz 6 k. durchgehends nichtig macht. In den Fällen des §. 189 bedarf es aber, wie p. 154 in der Note (*) bemerkt ist, gar keines eigentlichen Schiedsvertrags. D. Red.

Digitized by Google

Der Hauptcollecteur Nägele in Schaffhausen wollte ihm wieder zu dem größten Theile des Einsatzes behülflich sein, indem er ihm durch den Untercollecteur Hafner das Anerbieten machen ließ, die kollektirten Gelder gegen Abzug von 1 fl. für das schwarze, und noch etwas weiter für das rothe Loos, nebst der Depositengebühr wieder beischaffen zu wollen. Allein Böhrenbach willigte in dies Anerbieten nicht ein, sondern trat bei dem Bezirks-Amt Hüfingen gegen den Untercollecteur Hafner mit einer Entschädigungsklage auf, und begehrte nicht nur den Rückersatz der an ihn bezahlten 166 fl., sondern auch die Vergütung der Zinsen von dem Tage der Klage.

Er stützte die Klage hauptsächlich auf die Thatsache, daß er mit Hafner das fragliche Lotteriegeschäft eingegangen, und daher sich allein an diesen zu halten habe. Der Beklagte wendete gegen die Klage ein, daß er nur als Bevollmächtigter gehandelt habe, und mit den Loos-Abnehmern in keinem Vertragsverhältnisse stehe.

Nach geschlossenen Verhandlungen wurde der Kläger von dem Bezirksamt Hüfingen unter Verfällung in die Kosten mit seiner Klage abgewiesen, und dies Urtheil von dem Großherzogl. Hofgerichte des Seekreises bestätigt.

Die von Seiten des beklagten Anwalts in der zweiten Instanz bei der mündlichen Verhandlung vorgetragenen — von dem Appellationsgerichte im Wesentlichen adoptirten — Gründe für die Abweisung des Klägers, bestunden in folgenden:

Der Beklagte hatte als Untercollecteur nur die von dem Hauptcollecteur übernommenen Loose zu debitiren. In dieser Hinsicht war sein Verhältniß zu der Lotterie-Direction gerade dasselbe, wie das des Hauptcollecteurs zur Direction. Der Hauptcollecteur steht nun aber mit der Direction in einem Mandatsverhältnisse. Er ist in Beziehung auf Loosedebit, Erhebung der Einsätze, und Gewinnauszahlung Mandatar der Direction. Die Perfection des Mandats zwischen Direction und Collecteurs liegt in der Annahme der Collecte, und der dazu überwiesenen Loose.

Bender, die Lotterie, Beilageheft zum 15. Bande des Archivs für die civilistische Praxis. Heidelberg, 1832. pag. 199.

Durch Abschluß des Bevollmächtigungsvertrages zwischen der Direction und den Collectoren entstehen wechselseitige Rechte und Pflichten, und jeder von dem Collecteur in den Grenzen seiner Vollmacht mit den Spielern eingegangene Vertrag bindet nicht ihn, sondern die Direction, deren Vermittler er ist.

Bender, a. a. O. pag. 197.

Es ist in dieser Beziehung völlig gleichgültig, ob Eisenhändler Böhrenbach den Spielvertrag mit dem Untercollecteur Hafner, oder mit dem Hauptcollecteur Nägele, oder mit der Direction selbst abgeschlossen hat, Untercollecteur Hafner ist lediglich als Substitut des Hauptcollecteurs zu betrachten, und da die Direction den Letzteren wegen allen Handlungen innerhalb der Grenzen seiner öffentlich bekannt gemachten Procura zu vertreten hat, so gilt auch das Nämliche von der Thätigkeit des Untercollecteurs, in so weit derselbe in Auftrag seines Mandanten — des Hauptcollecteurs — und innerhalb der diesem ertheilten Procura gehandelt hat.

Satz 1998. des Landrechts.

Bender, a. a. O. pag. 114.

Eisenhändler Böhrenbach hat überdies die fraglichen Lotterielooſe nicht in eigenem Namen, sondern, wie er in seiner Klage ausdrücklich bemerkte, als Bevollmächtigter mehrerer Bräunlinger Einwohner von dem Beklagten erkauft. Es stehen sich demnach klägerischer und beklagter Seits nur Bevollmächtigte einander gegenüber, welche im Namen ihrer Machtgeber, und mit Beobachtung der Grenzen ihrer Vollmachten einen Vertrag eingegangen haben. Dieser Vertrag erzeugt nur zwischen den Machtgebern Recht und Verbindlichkeiten, und die contrahirenden Bevollmächtigten können aus einem solchen Vertrage in ihrem eigenen Namen weder klagen, noch belangt werden, indem auf Seiten eines Klagenden derartigen Bevollmächtigten die active, und auf Seiten des Beklagten die passive Legitimation zur Sache fehlt. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, 3. Auflage, Bd. II. §. 415.

Dr. Löw.

III.

Verzicht- und Rechtswandlung werden zwar nicht vermuthet, müssen aber aus schlüssigen Handlungen gefolgert werden. Anwendung auf die Konkurrenz verschiedener einander ausschließender Klagen, die aus demselben Rechtsverhältnisse entstehen. L.R. S. 1271. 1338. P.O. §. 346. u. §. 1254.

J. S.

Joh. Gg. Weiler als Vormund des minderjährigen Andres Schlenker von Serau gegen Andres Schlenkers Gant allda, Eigenthumsanspruch betreffend.

Andres Schlenker von Serau verheirathete sich im Jahr 1830 und schloß einen Ehevertrag, in welchem Errungenschaftsgemeinschaft verabredet, und für den Fall, daß die Ehe mit Hinterlassung von ehelichen Kindern aufgelöst würde, festgesetzt wurde, daß der überlebende Ehemann bis zur Großjährigkeit der Kinder deren ganzes mütterliches Vermögen, von da an aber bis zu seinem Tode die Hälfte desselben in Nutznießung haben; daß er ferner berechtigt

Digitized by Google

sein sollte, lebtäglich auf dem von der Frau zugebrachten Haus zu bleibrn, in dasselbe wirdrr zu hrirathen, und drrrn Kindrrn bei rrreichter Großjährigkeit ihrr Hälfte in Geld auszuliefern, daß übrigens drn Kiadern dieser Ehe das Vortheilrrcht am gedachten Haus zustrhen solle.

Die Frau strb nach wenigen Jahrrn mit Hintrrlassung eines in dieser Ehe erzeugten Sohnes Andres Schlrnkrr, und in der darauf untre Mitwirkung rines für dirsrs Kind bestellten Vormundrs vorgrnommenen Inventur und Theilung wuedr das Bribringrn drr Frau constatirt, dabri namentlich hergestellt, daß das von ihr beigebrachtr halbe Haus während drr Ehe gegen ein anderes halbrs Haus, und ein Aufgeld von 60 fl. vertauscht wurde, daß aber ein glrichfalls zugebrachtrs, bri drm halben Haus befindliches Stück Matten im Werth von 30 fl. noch vorhandrn war.

Bei der Theilung wurden nun sämmtlichr Liegrnschaften dem Wittwrr, dem minderjährigrn Kind aber rin bei srinem Vater zu erhebendes Glrichstrllungsgeld von 219 fl. zugrschieden.

Bald nachhee vrrfiel der Vater in Gant, der speciell vorgeladenr Vormund drs Kindes meldete die Gleichstellungsforderung mit Vorzugsrecht in dritter Ordnung an, solches wurdr ihm von drn Vertretern der Masse zugestandrn, und vom Richtrr erstee Instanz zuerkannt.

Jetzt noch verkündetrm Collokationsbescheid trat der Vormund des minderjährigen Andrrs Schlenkrr mit einer neuen Klagr gegen die Gantmasse auf, worin rr anführte, daß nach dem Ehevertrage seinrr Eltern ihm das Eigenthum von dem von seinee Mutter beigebrachtrn halbrn Haus sammt 1½ Mamshauet Matten gehöre, daß re deshalb die Theilung, wrlchr solches Eigenthum in ungebührlichee und unförmlicher Weisr seinem Vatrr zugrschirden, anfechte, und das Eigenthum grgen dir Gantmasse grltend machr, für die Statthaftigkeit drr Klagr unerachtet des bereits ergangenen, von krinrr Seite angefochtrnrn Ordnungsbescheides wurde angeführet, daß nach den Liquidationsverhandlungen Ausschluß der nicht erschienenen Gläubigrr zwar erfannt, solches Erkrnntniß abee ihm als bekanntrm Gläubiger nicht besondrrs eröffnet, sondern bloß durch die gewöhnlichen Blättee verkündet worden sei.

Das Amt versagtr die Ladung auf den Grund drs rechtskräftigrn Ausschlußerkenntnisses und Ordnungsbrscheides, dagegrn appellirte der Vormund des Minderjährigen.

Das Hofgeicht erließ zwar an dee ersten Tagfahrt ein Ladungsdrkret und leitetr Verhandlungrn rin, bei derrn Schluß aber gab es in der Tagfahrt vom 29. März 1841 das Endrrkrnntniß, daß dir Klage abzuwrisen sei.

Die Gründe des Grrichts waeen folgende:

Nimmt man als ausgemacht an, daß nach dem zwischen dem Cridae und der Mutter des Liquidanten Appellanten grschlossenen Ehevrrtrag vom 16. Febr. 1830 dem Liquidanten zur Zeit drs Gantausbruchrs das Eigenthum an dem in drr Gantmasse befindlichen halbrn Haus und 1½ Mamshauet Matten rechtlich zugestanden habr, so war ee unstreitig befugt, unerachtet der vorliegrnden Theilung, welche ihm anstatt dieses Eigenthums eine Glrichstellungsforderung von 219 fl. zugeschiedrn hatte, und zwae mittelst Anfechtung dirser Theilung, jenes Eigenthumsrrcht in drr Gant seines Vaters geltrnd zu machrn, nicht wenigrr stand es aber auch in seinrr Befugniß, drr Thrilung gemäß besagtes Gleichstellungsgeld in dee Gant zu fordeen.

Wenn nun er, odrr was hier dasselbe ist, sein obrigkeitlich bestellter Voemund in Folge der an ihn als bekanntrn Gläubigrr rrgangrnen brsondern Ladung voe dem Gantrichtrr rrschiene, und nur den letztern Anspeuch anmeldete, ihm darauf solchee in dem grltrnd gemachten Umfange vom Gegrntheil zugestanden und vom Gantrichter durch den Ordnungsbescheid zugesprochen wurde, so konnte er krineswegrs mittelst bloßen Verzichts auf dieses Urtheil drn angrmeldeten Anspruch aufgeben, und an dessen Stelle dir Eigenthumsklage neu erhebrn, und zwae schon civilrechtlich nicht, wril bri

> der Konkurrenz zweiee Klagen, deren eine durch ihren Grund den Grund der andern zerstört, im Falle des Obsiegens mit dee erhobenrn einen Klagr, nicht weiter auf dir andree konkurrirende grgriffrn werdrn kann.

Ein Grundsatz, dessen Gültigkeit von den Lehrren des römischrn Rechts unbedingt anerkannt, und vorzugsweise aus den Bestimmungen der

> L. 7. de lege com. (18. 3.)
> L. 4. Cod. de pact. int. emt. (4. 54)

abgeleitet wird. Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 69.

Die grnannten Grsetzesstrllrn entscheiden nämlich, daß dee Verkäufrr, welcher in Folge dre commissarischen Klausrl eine Klage auf Veetragsauflösung erhrbrn könnte, solches aber unterläßt, und statt dessrn auf Zahlung drs Kaufschillings klagt, nachher nicht auf Vindikation srines Eigenthums zurückkommen könne, wril er durch die Wahl jrner Klagr auf dirsr verzichtet habe.

Wenn nun glrich in unserm Landrrcht dirselbe specielle Bestimmung nicht enthaltrn ist, so findet solche doch ihee Brstätigung in dessrn allgemeinrn Vorschriften über Rechtswandlung und Wahlverbindlichkritrn. Namentlich geben die rrsten Rechtslehrer — vrrgl. Zachariä Hdbuch, neueste Aufl. §. 300. und der dort Not. 8. angrführtrn Schriftstelle — drm Art. 1189. die Auslrgung, daß, gleichviel ob bei einee Wahlverbindlichkrit die Wahl dem Gläubiger oder dem Schuldner zustrhe, die alternative Verbindlichkeit in eine einfache umgrwandelt sei, sobald der Wahlberechtigte

Digitized by Google

seine Wahl getroffen, und der Andere solche angenommen habe.

Die Art. 1271. §. 1. zur Rechtswandelung verlangten Erfordernisse sind hier offenbar vorhanden, überdies schlägt im vorliegenden Fall die Rechtsähnlichkeit der Vorschrift des Art. 1338. über die Wirkung einer freiwilligen Erfüllung an.

Auch processualisch läßt sich die Statthaftigkeit der neuen Klage durch P.O. §. 346. nicht begründen, indem theils die hier dem Kläger eingeräumte Befugniß einer Klage fallen zu lassen und dafür eine andere zu erheben sich nur für die Dauer des Prozesses, nicht aber für den Fall versteht, wo durch ein dem Kläger durchaus günstiges und vom Beklagten nicht angefochtenes Urtheil über den Anspruch endlich entschieden ist; theils die allgemeine Bestimmung dieses §. durch die den Gantprozeß regelnden besondern Bestimmungen über die Anmeldungsfrist und deren Wirkungen, modificirt sind.

Auch darauf kann sich der Liquidant Appellant nicht berufen, daß ihm die Anmeldungsfrist noch laufe, weil ihm als bekanntem Gläubiger ein Ausschlußerkenntniß nicht speciell eröffnet worden sei; denn ein Ausschluß der Gläubiger, welche sich im Liquidationstermin wirklich gemeldet haben, ist überall nicht erforderlich, indem sie eben dadurch, daß sie der Vorladung gemäß erscheinen, und von mehreren ihnen hinsichtlich desselben Rechtsverhältnisses zustehenden, einander ausschließenden Klagen die eine erheben, ihren Verzicht auf die andere deutlich genug erklären, weshalb es durchaus unnütz wäre, mittelst eines Ausschlußerkenntnisses erst die Präsumtion dieses Verzichts auszusprechen.

In Erwägung alles dessen, und in Betracht, daß die Thatsache, daß der Liquidant minderjährig ist, nur unter den nicht nachgewiesenen Formen und Voraussetzungen der P.O. §. 1254. zur Beseitigung der gesetzlichen Wirkungen des Ordnungsbescheids geltend gemacht werden könnte, erscheint die erhobene Eigenthumsklage nicht statthaft; deren Statthaftigkeit aber auch angenommen, so stünde ihrer Begründung hinsichtlich des wichtigsten der verfolgten Eigenthumsstücke, nämlich des halben Hauses, im Wege, daß nach den Vorträgen des Liquidanten Appellanten und den von ihm angerufenen Urkunden das in der Gantmasse befindliche halbe Haus nicht dasjenige ist, welches dessen Mutter in die Ehe mit dem Gantmann einbrachte, sondern ein während der Ehe dafür eingetauschtes anderes halbes Haus; und daß nicht zugleich, wie zur Begründung von Eigenthumsrechten auf dieses halbe Haus hätte geschehen müssen, behauptet wurde, daß nach Maßgabe des L.R. S. 1435. die Vertretung der Stelle der veräußerten Liegenschaft durch die erworbene zwischen den Eheleuten verabredet worden sei. u. s. w. Teesurt.

IV.

Musterverhandlungen erster Instanz.

1) J. S. Jos. Bohringer von Hierholz gegen Joh. Mutter und Andres Nier von Frohnd,
wegen Wegrechts,
verh. bei Großherz. Hofgericht des Oberrheinkreises den 18. Januar 1841.

Kläger trug dem Amt zum Protokoll vor, daß er von der gemeinen Straße aus nur über die Grundstücke der beiden Beklagten auf seinen Acker gelangen könne, um Dünger dahin, und die Erzeugnisse davon wegzuführen; ferner berief er sich darauf, daß sein Verkäufer und dessen Vater schon seit 1803 den Fahrweg auf denselben Acker über die beiden Feldstücke der Beklagten genommen hätten.

Die aus dieser Prämisse sich von selbst ergebende prozessualische Conklusion, nämlich die sogenannte Klagbitte, beizufügen, unterließ der protokollirende Beamte.

Die Beklagten erklären hierauf, ohne weitere Einlassung: Wenn des Klägers Verkäufer beschwöre, daß er und sein Vater seit 1803 alljährlich und ohne Widerspruch auf ihrer Seite, den Weg befahren habe, so wollen sie denselben auch ferner gestatten; und hierauf ordnete das Amt Tagfahrt zur eidlichen Abhöre dieses Verkäufers in der Eigenschaft als Zeuge an, die Beeidigung erfolgte. Der Zeuge sagte aus, daß er und sein Vater in der letzten Zeit immer über die Güter der Beklagten gefahren seien, mit Ausnahme von 2—3 mal, wo sie einen andern Weg genommen.

Darauf erfolgte Urtheil, das die Beklagten für schuldig erkannte, zu gestatten, daß Kläger über ihre Aecker mit Dung und Erescention auf seinen Acker und von demselben fahre.

Beklagte appellirten, und rügten die sichtlichen Gebrechen dieses Verfahrens, der Kläger erläuterte in der Actionsvernehmlassung, daß seiner Klage die Thatsachen eines Nothwegs verbunden mit 30jährigem Besitz zu Grund liege, offerirte Beweis dieser Thatsachen durch Angehörige und Zeugen, und bat um Bestätigung des amtlichen Urtheils. —

Die Majorität des Hofgerichts entschied sich für Kassation des amtlichen Urtheils, ohne etwas Anderes an dessen Stelle zu setzen.

Zu Begründung dieser Entscheidung wurde unter Anderem hauptsächlich die Ansicht geltend gemacht, die Bitte sei bei einer Klage so wesentlich, daß man beim Mangel derselben gar nicht wissen könne, ob die Intension gerichtlich zu klagen wirklich vorhanden war, und daß demnach in Fällen wie der vorliegende die Existenz einer Klage gar nicht angenommen werden könne, daß aber da, wo der Untergerichter ohne Klage, also von Amtswegen, etwas ab- oder zuerkannt habe, der Oberrichter nicht in der Lage sei, eine eigentliche Reformatoria zu erlassen, sondern lediglich kassiren müsse.

Digitized by Google

Es ist nun zwar allerdings richtig, daß, wenn wirklich der unglaubliche Fall sich ereignet, daß ein Unterrichter rein ohne Klage erkennt *), etwas anders als einfache Kassation nicht erkannt werden kann, allein dieser Fall scheint hier nicht vorhanden zu sein **), und das Hofgericht hätte wohl der Proz Ord. angemessener gehandelt, wenn es nach erhobener Einlassung der Beklagten auf die Klage weiter verhandelt und ein die Sache definitiv entscheidendes Erkenntniß gegeben hätte. Proz.-Ord. §. 1223. u. 1224. Trefurt.

V.

Criminal-Fall.

Verbrechen, im Auslande verübt.

Anwendung der ausländischen Gesetze.

Der Königl. Würtembergische Landjäger L. wollte den in Verdacht der Falschmünzerei gekommenen badischen Unterthanen Friedrich S. auf würtembergischen Gebiete verhaften. S. widersetzte sich und brachte dem Landjäger mit dessen eigenem Säbel eine Wunde bei, welche von den Gerichtsärzten für gefährlich erklärt wurde. — Die Heimathsbehörde des Inculpaten pflog die Untersuchung wegen jenes Verbrechens und er wurde derselben auch überwiesen.

Das urtheilende Hofgericht erkannte nach Maaßgabe der Beschaffenheit der Wunde und da sie von einem, unter Umständen tödtlichen Werkzeuge herrührte, in Anwendung des §. 71 g., verbunden mit §. 28. des badischen Straf-Edikts auf eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren; sodann wegen der konkurrirenden qualificirten Widersetzlichkeit noch auf einen Strafzusatz von einem Monat Zuchthaus. —

Der Angeschuldigte rekurrirte an das Großh. Oberhofgericht, und erwirkte dort die Herabsetzung der Strafe auf 2 Jahre und 3 Monate Arbeitshaus.

Der betreffende Theil der oberrichterlichen Gründe bestand in Folgendem:

„Welche Gesetzgebung in einem solchen Falle anzuwenden sei, ob jene des Auslandes (in welchem das Verbrechen verübt wurde) oder die des Großherzogthums (in dem die strafrichterliche Ahndung einzutreten hatte) sei noch zur Zeit durch eine bestimmte gesetzliche Vorschrift nicht hergestellt. Der strengern Meinung, daß der badische Richter in derartigen Fällen lediglich an die Stelle des ausländischen Richters trete, daß ihm folglich, gleich diesem nur das ausländische Gesetz zur Richtschnur dienen könne, weil durch die untersuchte That zunächst nur dieses verletzt worden sei, — stehe die andere Meinung gegenüber, daß die Vorschrift, durch welche die badischen Behörden angewiesen seien, die von Angehörigen des Großherzogthums im Auslande verübten Verbrechen zum Gegenstande ihrer Untersuchung und Aburtheilung zu machen, den Ausspruch des Gesetzgebers in sich schließe, daß dergleichen Verbrechen gerade so behandelt werden sollen, als wenn sie im Großherzogthum begangen worden wären. — Anerkannt sei übrigens bei den Bekennern dieser Rechtsmaxime, daß die Gesetze des Auslandes insofern zu befolgen, als ihre Bestimmungen die milderen seien.

Nach Maaßgabe der Badischen Gesetze habe zwar das Hofgericht die Strafe richtig bestimmt. Anders verhalte es sich aber nach der Königl. Würtembergischen Gesetzgebung.

Was zunächst die Körperverletzung betreffe, welche im vorliegenden Falle mit Vorbedacht zugefügt wurde, so habe sie zwar nur eine vorübergehende Krankheit bewirkt, diese aber durch eine sehr schwere Mißhandlung und noch dazu mit Waffen; — sie wäre den Artikeln 260. 2 — 4. u. 262. des neuen Würtembergischen Strafgesetzbuchs zu Folge mit Arbeitshaus zu ahnden, welche Strafgattung nach Artikel 15. daselbst auf einen Zeitraum von 6 Monaten bis zu sechs Jahren beschränkt sei. Eine Arbeitshausstrafe von 2 Jahren würde hier als angemessen erscheinen.

Die Widersetzlichkeit bei schwerer Mißhandlung begründe nach Artikel 171. vergl. mit Art. 20. Kreisgefängniß von einem Jahre. Da nun aber in einem solchen Falle, der Vorschrift des Art. 171. Nr. 3. am Ende gemäß, nach den Grundsätzen über den Zusammenfluß der Verbrechen zu verfahren sei, da die Körperverletzung hier das schwerere Verbrechen bilde und da die Strafe des letztern nach Art. 115. um ein Viertheil bis zu drei Viertheilen der Strafe des damit verbundenen geringern Verbrechens erhöht werden dürfe, so werde mit Rücksicht auf Art. 50. eine Erhöhung der Strafe der Körperverletzung um 3 Monate Arbeitshaus sich als den Umständen des gegenwärtigen Falles entsprechend darstellen.

Da nun zu Folge der oben angeführten Rechtsmaxime auf die gelindere Strafe des neuen Würtembergischen Gesetzes hätte erkannt werden sollen, so erscheine der Rekurrent insofern als beschwert, als das hofgerichtliche Urtheil eine schwerere Ahndung ausspreche." —

Anmerkung. Die hier von dem Großh. Oberhofgerichte ausgesprochene Ansicht über Anwendung der Würtembergischen Gesetzgebung war bei der hofgerichtlichen Deliberation schon von der Minorität geltend gemacht und von ihr eine Arbeitshausstrafe von 3 Jahren und 3 Monaten beantragt worden. Die hofgerichtliche Majorität stützte sich dagegen darauf: der Satz, daß die im Auslande begangenen Verbrechen nach ausländischen Gesetzen gestraft werden müßten, sei in der Theorie nicht allgemein anerkannt, positiv aber in Baden nicht ausgesprochen; seine Anwendung sei in vielen Fällen sogar unmöglich; z. B. wenn die in den fremden Gesetzen vorkommenden Strafanstalten fehlten. — Kirn.

*) Selbst dieser Fall kam in einer neulich dahier verhandelten Sache vor, wo das Amt ohne Antragen eines Gläubigers und ohne eines der Erfordernisse der P.O. §. 814. die Gant eröffnete.

**) Diese quaestio facti wird in dem obigen Falle bejaht oder verneint werden, je nachdem man nach dem Zusammenhang der ganzen Verhandlung als gewiß annimmt oder nicht, daß der Kläger mit seinem Klagvortrag um Zuerkennung des Wegrechts habe nachsuchen wollen. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 23. Karlsruhe den 5. Juni 1841.

I.

Mord aus Eifersucht.

Es war am 2. Sept. 1839 gegen Mitternacht, als der beurlaubte Canonier Johann Kirchgeßner von Hettingen in die Schlafstube seiner Eltern stürzte, und ganz verzweifelt schrie: „Jetzt nur gleich heraus, ich bin gestochen, holt mir den Pfarrer, ich muß sterben!“

Durch dieses Jammergeschrei aufgeweckt sprang die Mutter schnell aus dem Bette, schlug Licht und schlang dem Verwundeten ein Handtuch um den blutenden Hals; dann eilte sie hinaus auf die Straße, um Leute herbei zurufen. Auch der Sohn verschwand plötzlich, kehrte aber alsbald wieder mit seinem Nachbarn G. Schönbein zurück, welchen er aus dem Bette geholt und um alles gebeten hatte, ihn doch herüber zu begleiten, weil er sonst nicht eingelassen werde. Schönbein erzählte nun dem alten Kirchgeßner, welcher in der Zwischenzeit ebenfalls aufgestanden war, wie der Johann ihm gesagt, daß er und die Bärtin von zwei schwarzen Männern gestochen worden seien. Allein der Vater überzeugte sich bei Untersuchung der Halswunde sogleich, daß dieselbe nicht gestochen, sondern geschnitten war, und hielt dem Sohne vor, daß er dieß mit dem Rasirmesser, dessen leere Scheide auf dem Tische lag, selbst gethan haben müsse; worauf denn letzterer eingestand, daß er sich selbst geschnitten, und auch der Barbara Weis (sonst Bärtin genannt) das, was ihr gehöre, gethan habe, es werde bald Spektakel geben.

Hierauf holte Kirchgeßner seinen Säbel und Tschako nebst anderen Montursticken vom Speicher herunter, damit diese Gegenstände dem Bürgermeister zur Ablieferung an das Commando übergeben würden. Dann schnallte er den Säbel um und setzte den Tschako auf, sich äußernd: „Ich muß ihn noch einmal aufsetzen, er steht mir so schön, es ist doch das letzte Mal.“ So stolzirte er mit verschlungenen Armen die Stube auf und ab, seine Augen sprühten Feuer, er sah aus wie der böse Feind und trank aus einer Stütze in großen Zügen einmal über das andere Wasser.

Als ihn der eben eintretende Bürgermeister befragte: was da vorgefallen und von wem er verwundet worden sei? Versetzte Kirchgeßner: „Ich hab' es selbst gethan, und hab' auch sie erstochen, sie liegt drunten und liegt's schriftlich dabei. Ich habe mich selbst umbringen wollen, und mir deßhalb einen Stich in den Hals gegeben, mein Schutzengel hat es aber nicht gelitten.“ Zu seinen Eltern gewendet sprach derselbe: „Es ist vollbracht, ihr seid Schuld an meinem jungen Blut.“

Gleich darauf erklärte jedoch Kirchgeßner alles für unwahr; denn er habe nur Spaß gemacht und könne sagen, was er wolle. Wie jedoch der Bürgermeister ernstlich in ihn drang, die Wahrheit zu sagen, wiederholte er sein voriges Geständniß, die Barbara Weis erstochen zu haben, weil sie es so hätte haben wollen. Der Bürgermeister ließ denselben unter gehöriger Bedeckung einstweilen in sein Haus abführen, und begab sich an die Weis'sche Wohnung, um zu fragen, wo die Tochter Barbara sei? Erst hieß es, sie läge im Bette; als man aber dort nachsah, war sie verschwunden. Die Vermißte wurde sogleich aufgesucht, und auch wirklich bei den Schweinställen des J. Kleni auf einem geplatteten Gange gefunden. Sie lag gleichsam im Blute schwimmend, auf der linken Seite, das Gesicht gegen den Boden gekehrt; die Haare hiengen zerrauft über Gesicht und Nacken herunter; der Hals war beinahe ganz durchschnitten und kein Zeichen des Lebens mehr an dem Körper zu entdecken. Neben dem Leichname fand sich ein in gewöhnlicher Briefform zusammengelegtes Papier vor, mit der Aufschrift:

„Abschitt für Johann Joseph Kirchgeßner und
Barbara Weis.“

Auf der Rückseite, wo der Brief in einander gepaßt war, stand geschrieben:

„uns beide legt zusamen an Einen Ort,
die Ursag unseres Tots auch darzu,
zur Schand und Spott unser Eltern.“

Digitized by Google

Der Inhalt des zwei Quartseiten einnehmenden und in Knittelversen abgefaßten Briefes legt die Schuld an dieser That den beiderseitigen Eltern, welche die Liebschaft nicht hätten dulden wollen, zur Last, und meldet zugleich, daß es der Wille des Bäbeles gewesen sei, lieber zu sterben, als seinen Schwur zu brechen.

Die schmutzige Außenseite des Briefes ließ vermuthen, daß solcher schon längere Zeit in der Tasche herumgetragen und dadurch das Siegellack bis auf ein kleines Restchen abgerieben worden sei. In diesem Briefe waren zwei andere eingeschlossen, der eine mit der zweimaligen Unterschrift „Barbara Weis" voll Betheurungen und Schwüre ewiger Treue; der andere ohne Unterschrift und Datum mit der Anrede: „Freund meines Herzens," worauf eine schwärmerische Liebeserklärung folgt, welche ohne Zweifel aus einem Briefsteller oder Roman abgeschrieben war.

Obgleich Niemand die Handschrift beider Beilagen erkennen konnte, so erinnerte sich doch der alte Kirchgeßner, daß er das Briefchen mit den Schwüren einmal zufällig in die Hand bekommen und solches gelesen habe. Nicht minder gab ein Kammerad des Inquisiten an, derselbe habe ihm zu Gottsau einen Brief von seinem Mädchen gezeigt, worin gestanden, daß sie ihm treu bleiben werde, so lange sie lebe, und daß sie keinen anderen wolle, als wie ihn u. s. w. Auch sagte die Schönbein'sche Ehefrau aus, daß ihr J. Kirchgeßner etwa 10 Tage vor der That beide Scripturen als solche, die er von der B. Weis bekommen, gewiesen hätte. Der Bürgermeister nahm sämmtliche Papiere in Verwahr, ließ den Leichnam auf einer Leiter in das elterliche Haus verbringen, und sandte einen Eilboten mit der schriftlichen Anzeige des Vorfalls nach Buchen, von wo die Untersuchungscommission noch vor Tagesanbruch in Hettingen eintraf.

Nach vorgängiger Besichtigung des gehörig bewachten Leichnams wurde J. Kirchgeßner durch die Gerichtsärzte untersucht. Es zeigten sich am Halse desselben zwei in gleicher Richtung querlaufende Schnittwunden mit scharfen Rändern, die übrigens nur die Haut und das Zellgewebe durchdrangen und ihrer Beschaffenheit nach von einem Rasirmesser herrührten, welches zweimal, jedoch ohne starken Druck angesetzt worden zu sein schien, weshalb sogleich die Vermuthung entstand, daß es dem Urheber dieser Wunden mit dem Halsabschneiden nicht recht Ernst gewesen sein dürfte.

Um nähere Aufklärung über den Vorfall befragt referirte der Bürgermeister: Gestern sei der neue Hr. Pfarrer zu Hettingen der Kirchengemeinde feierlich vorgestellt worden. Zu diesem Feste hätten sich die Geistlichen aus der Umgegend eingefunden und nach dem Gottesdienste einem Gastmale im Pfarrhause beigewohnt. Gegen Abend seien die Singjungfern, wozu auch die Barbara Weis und deren Schwester Crescenz gehörten, dahin berufen worden, um sich hören zu lassen. Der Gesang habe bis nach 10 Uhr gedauert. Dem Vernehmen nach sei Canonier Kirchgeßner von Mittag 12 Uhr bis Abends 7 Uhr im Wirthshause zum Ochsen gewesen, und später in der Nähe des Pfarrhauses auf der Straße gesehen worden. Wie derselbe nachher mit der B. Weis zusammen gekommen, wisse er nicht. Dagegen erzählte die Crescenz Weis, als sie und ihre unglückliche Schwester Barbara beiläufig um halb 11 Uhr vom Feste nach Hause gekommen, hätten sie ihre Oberkrider ausgezogen und sich noch eine Weile in's Fenster gelegt. Sie sei dann zuerst in's Bett gegangen, die Barbara aber noch aufgeblieben, indem sie gesagt, es sei ihr so bange, sie wolle noch länger zum Fenster hinaus schauen, weil man auf den Caffee doch nicht gleich einschlafen könne. — Beim Einschlummern, meint die Crescenz, hätte sie die Kammerthüre gehen hören. Nicht lange nachher sei sie durch ein Geschrei vor dem Hause aufgeweckt und gefragt worden, ob's Bädele bei ihr im Bette liege? Jetzt erst habe sie zu ihrem Schrecken entdeckt, daß ihre Schwester nicht da sei.

In dem hierauf mit dem Kirchgeßner abgehaltenen Verhör gab derselbe an: Er habe schon seit ¾ Jahren mit der ledigen B. Weis eine Liebschaft gehabt, die sowohl seinen als ihren Eltern ein Dorn im Auge gewesen sei; gleichwohl habe ihm die Weis mündlich und schriftlich ewige Treue geschworen, und diese Schwüre in Briefen, welche sie ihm, während er vom 1. April bis zum 15. Mai zu Gottsau in Garnison gelegen, mehrmals wiederholt. Diese Papiere befänden sich jetzt, so viel er wisse, in den Händen des Bürgermeisters. Aus der Garnison nach Haus zurückgekehrt habe er von der B. Weis alsbald erfahren, daß sie nach dem Willen ihrer Eltern einen Küfer, Namens Quenzer von Schefflenz heirathen solle. Obgleich er ihr erklärt, daß sie dies thun könne, indem er nichts dagegen hätte, wenn sie ihren Schwur breche, so habe sie doch an ihrem Schwure festgehalten und die Bekanntschaft heimlicherweise mit ihm fortgesetzt, ihm aber während dieser Zeit öfters den Vorschlag gemacht, mit ihr fortzugehen oder sie umzubringen. Er habe jedoch diese Vorschläge jedesmal zurückgewiesen und sie zu beruhigen gesucht. Gestern nun sei er, nachdem er von Mittag bis Abends im Ochsen 10 bis 12 Schoppen Wein getrunken hatte, der Verabredung gemäß nach 10 Uhr mit der B. Weis wieder zusammen gekommen.

„Ihr Erstes — fährt Inquisit fort — war die Klage, daß sie wegen mir bei ihren Eltern keine Ruhe hätte, und doch könne sie nicht von mir lassen. Sie bat mich dabei, ich solle sie doch umbringen, entweder todtschlagen oder todtschießen. Wir hatten uns, ungefähr 200 Gänge von

Digitized by Google

ihrem Hause entfernt, auf einem Plattengange hinter dem Hause des J. Klein neben dem Schweinstall niedergesetzt. Immerfort machte sie mir Vorwürfe über das Mißverhältniß unserer Bekanntschaft, indem ihre Eltern so dagegen wären und sprach vom Todtmachen. Ich wurde endlich erbost über sie und zog mein Taschenmesser im Rausche heraus, und versetzte ihr damit einen Stich. Wohin ich sie getroffen habe und ob sie gleich zusammengestürzt ist oder nicht, kann ich nicht sagen; denn ich eilte gleich nach der That fort. Unterwegs gab ich mir selbst mit dem nämlichen Messer einen Stich in den Hals. Es reute mich aber in demselben Augenblicke, und deßhalb zog ich das Messer wieder zurück, den festen Entschluß fassend, es der weltlichen Obrigkeit anzuzeigen. Ich eröffnete auch sogleich meinen Eltern bei meiner Heimkunft die That, worauf sie dem Bürgermeister die Anzeige machten. Das Messer habe ich, nachdem ich mir den Stich gegeben, vor meinem Hause auf dem Wege nach Hainstadt weggeworfen. Ich habe dem Bürgermeister sogleich die an der B. Weis verübte That eingestanden."

Auf die Instanz, daß er die Unrechtmäßigkeit seiner That wohl einsehen werde, weil er gesetzlich nicht berufen gewesen sei, selbst mit dem Willen der B. Weis Hand an ihr Leben zu legen, — versetzte Inquisit: „Ich weiß wohl, daß ich gefehlt habe, und wenn ich keinen Rausch gehabt hätte, so wäre es auch gewiß nicht geschehen."

Dieses Geständniß legte Inquisit offen und entscheidend ohne innere Unruhe ab. Auch zeigte er während des Verhörs wenig Reue über seine That, sondern schimpfte sogar einigemale über die B. Weis, indem er den Ausdruck „Dos" (Aas) von ihr gebrauchte.

Spuren eines vorausgegangenen Rausches konnten an ihm nicht wahrgenommen werden.

Da es inzwischen Tag geworden war, so wurde zur Legalinspektion geschritten. Der Leichnam war mit einem Hemde, Jäckchen, Unterleibchen und Halstuch, desgleichen mit Schuhen und Strümpfen bekleidet. Diejenigen Kleidungsstücke, welche den obern Theil des Körpers bedeckten, starrten von Blut, und enthielten theils Stiche, theils Schnitte, die nur durch das Eindringen eines scharfen Instrumentes entstanden sein konnten. An dem Hemde und ebenso an den äußeren Geschlechtstheilen zeigten sich deutlicher Spuren von getrocknetem Blute in Folge kurz vorausgegangener Menstruation. Nachdem die Leiche entkleidet und von dem Blute gereinigt war, machten sich acht theils Stich- theils Schnittwunden bemerklich, und darunter drei am Halse, wovon zwei für sich allein als unbedingt für tödtlich erkläet worden sind. Die eine fing von dem Winkel des Unterkiefers rechterseits an und erstreckte sich in einer Länge von 3 Zoll bis auf die andere Seite des Kehlkopfs. Der Anfang dieser 2 Zoll breiten Wunde war ein Stich, und das Ende desselben scharf ausgeschlitzt. Vermittelst dieser Wunde waren alle seitlichen Halsmuskeln, alle Gefäße der rechten Seite, Venen und Arterien durchschnitten, so daß die an der vordern Fläche der Halswirbel herablaufende Muskeln blos lagen. Der Kehlkopf und Schlund erschienen von ihrer Verbindung mit dem Zungenbein vollkommen getrennt, und deren Oeffnungen im unteren Theile der Wunde bemerkbar. Die andere, auf der linken Seite des Halses von hinten nach vornen gegen das Kinnende laufende, 5 Zoll lange und 2 Zoll breite Schnittwunde hatte sämmtliche Theile der linken Seite des Halses bis auf die an dem Halsknochen senkrecht herabgelagerten Muskeln getrennt. In dem unteren Theile dieser Wunde war das Zungenbein sichtbar, und in deren Tiefe die Rachenhöhle geöffnet. — Uebrigens hatte diese Wunde nicht das lebhafte Aussehen der anderen, so daß man annehmen konnte, sie sei erst nach erfolgtem Tode, oder doch zuletzt, als die Verblutung schon eingetreten war, beigebracht worden. Die Gerichtsärzte hielten übrigens die Hervorbringung dieser Wunden mit einem gewöhnlichen Taschenmesser für unmöglich, und begutachteten, daß nur ein Instrument mit feststehender starker Klinge, die an der Spitze scharf zugeschliffen, auch länger und breiter als ein gewöhnliches Sackmesser gewesen sein müsse, zur Verwundung gedient haben könne. Zugleich erklärten sie mit Bestimmtheit, daß fragliche Wunden, sowohl nach ihrer Breite und Tiefe, als nach ihrer Lage und Richtung, nicht von einem krummen Säbel herrühren könnten. Wirklich ließen sich auch an dieser Waffe des Inquisiten bei der amtl. Besichtigung so wenig als kurz nach der That, wo der Säbel aus der Scheide gezogen und von mehreren Personen genau betrachtet worden ist, Blutspuren entdecken. Außerdem fand sich an der rechten Hand eine den Ballen und das Gelenk des Daumens durchschneidende Wunde, hinsichtlich welcher die Gerichtsärzte für wahrscheinlich hielten, daß der B. Weis, indem sie sich gegen die Verwundung wehren wollte, das gehaltene Messer durch den Ballen des rechten Daumens von hinten herausgezogen worden sei. Auch konnten die vielen Einstiche in den Kleidern, und die vielen in allen Richtungen beigebrachten Wunden als Beweis dafür gelten, daß die Ermordete sich nicht freiwillig und ruhig dem Messer des Mörders dargeboten, daß sie vielmehr den rechten Arm, an welchem sich zwei Stichwunden befanden, schützend vorgehalten habe.

In dem Befund der am 4. Sept. vorgenommenen Sektion kommt vor, daß sich das Hymen nicht mehr in jungfräulichen Zustande befunden habe.

Nach der Sektion ließ der Untersuchungsrichter den In-

Digitized by Google

quisiten, welcher in seinem ersten Verhör nur von einem Stiche spricht, vor den Sarg hinführen, in welchen der bis auf die Brust und die rechte Hand enthüllte Leichnam gelegt worden war, um ihn durch die Evidenz vom Gegentheil zu überzeugen. Zu diesem Behufe ward dem Inquisiten die Frage gestellt: ob er den vor ihm liegenden Leichnam für die ledige B. Weis anerkenne? Seine Antwort war: „Ja, es ist die ledige B. Weis von hier, die ich vorgestern Nacht erstochen habe.“

Bei dieser ersten Scene heftete Inquisit das Aug' einige Minuten lang auf die Leiche, er schien jedoch äußerlich ruhig, und ließ weder eine Thräne, noch ein Zeichen innerer Bewegung an sich wahrnehmen.

Darauf stellte man ihm die weitere Frage: Ihr seht selbst, daß dieser Leichnam an mehreren Stellen, besonders am Halse, bedeutend verwundet ist, und auch eine Wunde am Daumen der rechten Hand hat; rühren alle diese Wunden von euch her?

Antw.: Ja, ich weiß aber nicht, wie viel ich ihr beigebracht habe; denn ich war betrunken.

Fr.: Jetzt, wo ihr hier den Leichnam derjenigen vor euch seht, die ihr erstochen habt, ist der Augenblick da, wo ihr die That bereuen und genau angeben könnt, wie ihr sie verübt, und was euch dazu verleitet hat?

Ant.: Ich habe die That schon bereut; ich habe sie kalt erstochen, und der Beweggrund dazu liegt in dem Protokoll über mein erstes Verhör.

Fr.: Mit welchen Instrument habt ihr die B. Weis erstochen?

Ant.: Mit meinem Messer.

Fr.: Wo habt ihr dieses Messer hingebracht?

Antw.: Ich habe ja schon angegeben, daß dieses verloren gegangen ist. —

Alle diese Antworten waren fest und bestimmt. Von hier auf den Thatplatz geführt, zeigte Inquisit die Stelle, wo er mit der Weis gesessen, als er sie erstochen habe. Auch in diesem Moment benahm er sich auf die nämliche Weise, wie vor dem Sarge. Weder an dieser Stelle noch in der vom Inquisiten angegebenen Gegend konnte irgend ein Messer aufgefunden werden. Dagegen lag in einer großen Blutpfütze der Haarkamm der Ermordeten, nebst 6 davon losgebrochenen Zähnen.

Als nun die Beerdigung der B. Weis vor sich gehen sollte, bat Inquisit, weil er seine That so sehr bereut habe (?), um die Erlaubniß, den Leichenzug mit ansehen zu dürfen. Es wurde ihm gestattet, sich in dem Gasthaus, wohin sich die Commission zurückgezogen hatte, an ein Fenster zu stellen, wo der Zug vorüber kommen mußte. Wie nun Inquisit die auf der Straße versammelte Menge erblickte, wünschte er in augenscheinlicher Schadenfreude, daß ein tüchtiger Platzregen kommen möchte, um sie aus einander zu treiben. Dann bemerkte er in lächelndem Tone, daß sich Einer da drunten auf der Straße viel Mühe gebe, ihn in's Gesicht zu fassen, denn er gienge von einem Punkt zum andern. Der Beamte, welcher in diesem Neugierigen einen gewissen Makert von Hettingen erkannte, äußerte hierauf: Ah, das ist ja auch der Makert! Sogleich fiel Inquisit lachend ein: Richtig, der ist auch da, der war am Montag noch im Ochsen, der kann was wegtrinken, wenn er Geld hat.“ Im ernsten Tone fügte er noch hinzu: „der ist auch Schuld, daß ich mehr getrunken habe.“ Als hierauf der Leichenzug vorüber ging, blieb Inquisit unbewegt am Fenster stehen. Erst nachher seufzte er einmal, und wischte sich die Augen. Nach diesem Vorgang wurde Inquisit in das Amtsgefängniß zu Mudau verbracht. Ueber sein Treiben vor der schauderhaften That ward Folgendes erhoben. Er saß von Mittag an bis Abends nach 7 Uhr im Wirthshaus zum Ochsen, und erhielt während dieser Zeit nach der Aussage des Wirths wenigstens 8 Schoppen Sechserwein, wovon er jedoch kaum die Hälfte getrunken haben möge, indem er es jedermann, der in die Stube gekommen, zugebracht habe. Inquisit betrug sich, obgleich sonst beim Wein sehr streit- und händelsüchtig, ganz in der Ordnung, bis gegen 6 Uhr seine Mutter erschien, um ihn zum Nachtessen abzurufen. Darüber gerieth er dergestalt in Zorn, daß er ihr seiner schlechten Erziehung wegen die bittersten Vorwürfe machte, und seine Eltern verwünschte, weil sie Schuld an seinem Unglücke seien. Statt seiner Mutter zu folgen, ließ er sie allein nach Hause gehen, und verlangte einigemal vom Wirth, er solle die B. Weis aus dem Pfarrhaus rufen lassen. Da sich jedoch der Wirth hiezu nicht verstand, so äußerte Inquisit, er werde sie beim Heimgehen selbst dort abholen. Alsbald nach 7 Uhr entfernte sich Inquisit, und aß zu Haus seine Suppe, welche ihm die Mutter warm gehalten hatte. Hierauf ging er noch einmal aus, und bat die Hausthüre nicht zu verschließen, damit er ungehindert hereinkönne. Seine Eltern ermahnten ihn hiebei, nicht lange auszubleiben, und keine Händel anzufangen, weil sie merkten, daß er, obwohl nicht betrunken, den Wein ziemlich spüre. Gegen 8 Uhr nahm Inquisit bei dem Nachbar Schönbein eine Sauermilch zu sich, und plauderte davon, daß er ins Pfarrhaus gehen wolle, was ihm jedoch als unschicklich abgerathen wurde. Später sahen ihn verschiedene Personen auf der Straße beim Pfarrhaus, wo er dem Gesang zuhörte und Bemerkungen darüber machte. Als die Singjungfern nach 10 Uhr das Pfarrhaus verließen, ging Inquisit eine kleine Strecke neben der Maria Falk her, und sprach einige Worte mit derselben. Daß er bei dieser Gelegenheit auch mit der B. Weis zusammenkam, wurde von Niemanden bemerkt. Als

Digitized by Google

die Personen — 20 an der Zahl — welche mit dem Inquisiten an diesem Abend und nach der That in Berührung gekommen sind, stimmen darin überein, daß er zwar den Wein gespürt, aber nichts weniger als einen Rausch gehabt, vielmehr ganz vernünftig gesprochen, und recht gut gewußt habe, was er that. Auch die Gerichtsärzte nahmen an, daß Inquisit nicht berauscht gewesen sei. Ueberdieß sagten 3 Wirthe, bei welchen Inquisit schon öfters gezecht, noch aus, daß er viel Wein vertragen könne.

Anfänglich hatte Inquisit behauptet, die B. Weis habe ihm, ehe sie ins Pfarrhaus gegangen, zweimal anbefohlen, daß er Abends zu ihr kommen soll, indem sie ihm etwas wichtiges zu sagen hätte, weil sie von ihrem Vater wieder so arg geschimpft worden sei. Es wurde jedoch constatirt, daß die Singjungfern um 6 Uhr, also zu einer Zeit, wo er im Wirthshaus gesessen, ins Pfarrhaus gegangen sind. Auf den desfallsigen Vorhalt änderte nun Inquisit seine frühere Angabe dahin ab, daß er den Abend zuvor bei der Weis am Fenster ihrer Schlafkammer gewesen sei, wo sie ihn denn, wie schon erwähnt, bestellt hätte. Es konnte indessen weder die Crescenz Weis, welche mit der Barbara in einem Bette zusammenschlief, noch sonst Jemand hierüber Auskunft geben. Dessenungeachtet liegt einige Wahrscheinlichkeit dafür vor. Der alte Weis hatte nämlich am 1. September in Buchen zufällig erfahren, daß Inquisit vor 8 Tagen mit seinen Töchtern Crescenz und Barbara in Schefflenz gewesen sei. Darüber aufgebracht stellte er noch an demselben Abend die Mädchen deßfalls zu Rede, und verwies ihnen den Umgang mit diesem schlechten Purschen aufs strengste. Dies konnte Kirchgeßner wohl nur von der B. Weis erfahren haben.

Den anderen Morgen, bevor die Töchter in die Kirche gingen, wurde die Strafpredigt von beiden Eltern wiederholt, und zwar, wie es scheint, nicht ohne tiefen Eindruck auf das Gemüth der B. Weis gemacht zu haben, da sie noch vor dem Anfang des Gottesdienstes einer ihrer Freundinnen in trauriger Stimmung erzählt haben soll, sie sei von ihren Eltern und Geschwistern ausgeschlossen, wenn sie nur Jemand todtstechen würde u. s. w. Vielleicht mag auch ihr damaliges Befinden mit im Spiele gewesen seyn, weil nach Versicherung der Aerzte das weibliche Geschlecht während und nach der Menstruation häufiger als sonst an Schwermuth und Lebensüberdruß leidet. Uebrigens war die B. Weis, wie ihre Schwester Crescenz angibt, den Tag über keineswegs traurig gestimmt, sondern in ihrer gewöhnlichen Laune. Besonders zeichnete sich dieselbe Abends im Pfarrhause durch gesteigerte Munterkeit aus. Beim Nachhausegehen schieden sämmtliche 8 Singjungfern, welche sowohl durch den Gesang, als durch den Genuß von Wein und Kaffee etwas aufgeregt waren, fröhlich von einander. Auch stimmen alle Aussagen von Bekannten und Verwandten darin überein, daß sie nie eine trübe Stimmung an der B. Weis wahrgenommen hätten, indem sie als ein gesundes junges Mädchen, welches kaum das 21ste Jahr zurückgelegt hatte, stets heiter und lebenslustig gewesen sei. — Der Untersuchungsrichter war im Verfolg der Angaben des Inquisiten bemüht, das zwischen diesem und der B. Weis bestandene Verhältniß näher aufzuklären. Es ward in Erfahrung gebracht, daß die Liebenden bei der J. A. Schwarzischen Ehefrau öfters Zusammenkünfte hatten. Diese Frau will denn auch jeweils bemerkt haben, daß Inquisit ins Bäbele recht verliebt gewesen sei. Die nämliche Beobachtung wurde auch von der Mutter des Inquisiten gemacht. Beide Eltern versichern, daß sie ihren Sohn öfters von der Bekanntschaft mit der B. Weis abgemahnt hätten, weil er sie als ein armer Pursche doch nicht zur Frau bekomme, und als Soldat ohnehin nicht heirathen könne.

Die Eltern der B. Weis wollen ihrer Tochter ebenfalls oft ernstliche Vorstellungen gemacht haben, von Kirchgeßner abzulassen, indem sie diesen gefährlichen, schlechten Menschen doch nicht nehmen dürfe. Ihre Tochter soll alsdann geäußert haben, sie nehme ihn nicht und könne nichts dafür, daß er sie haben wolle, man solle sie nur in Ruhe lassen, bis Kirchgeßner wieder in die Garnison eingerückt sei, dann heirathe sie den Quenzer. In gleichem Sinne deponirte auch die Crescenz Weis.

Georg Quenzer versicherte, die B. Weis habe sehr in ihn gedrungen, sie zu heirathen, und einmal gesagt, sie wolle lieber sterben, als ihn nicht bekommen. Er legte Zwei von der Weis erhaltene Briefe vor, welche in den zärtlichsten Ausdrücken die Versicherungen ewiger Liebe und Treue enthalten.

Die Behauptung des Inquisiten, daß er den Schwüren der B. Weis nicht geglaubt habe, scheint hiemit um so mehr im Einklang zu stehen, als er Kenntniß davon hatte, daß die Weisschen Eheleute mit den Eltern des G. Quenzer über die demnächstige Verehelichung ihrer Kinder bereits einig waren.

Schon in der Garnison zu Gottsau hatte Kirchgeßner einem seiner Kameraden erzählt, sein Mädchen hätte ihm versprochen, mit keinem anderen umzugehen, und jetzt gehe doch ein anderer zu ihr; wenn er nach Hause komme, so gehe es nicht gut, er leide nicht, daß das Mädchen einen anderen annehme.

In Urlaub zu Haus angelangt setzte es zwischen ihm und Quenzer bald einige Eifersuchtsscenen ab, namentlich am Pfingstmontag beim Tanz, wo die B. Weis dem Quenzer den Vorzug gab. In der zweiten Hälfte des Monats August schrieb Kirchgeßner als „Barbara Weis“ im Ochsen zu Schefflenz einen Brief an Quenzer, worin demselben er-

Digitized by Google

klärt wurde, daß er nicht mehr nach Hettingen zu kommen brauche und nur daheim bleiben solle, indem sie schon längst einen Liebhaber hätte. Als er dem Sohne des Wirths den Brief zur Besorgung an Quenzer übergab, bemerkte er dazu, daß er den nächsten Sonntag mit dem Mädel, welches der Quenzer heirathen wolle, nach Schefflenz kommen werde, damit er dasselbe noch einmal sehe; dieß sei aber das letztemal ꝛc. Wirklich stellte sich auch Kirchgeßner am 25. August mit Crescenz und Barbara Weis zu Schefflenz ein, wo denn Quenzer und Crescenz Weis darüber ins Reine kamen, daß nicht die Barbara, sondern Kirchgeßner den fraglichen Brief geschrieben habe, wie dieser nachmals in der Untersuchung auch einbekannte. Damals hatte Kirchgeßner Gelegenheit, zu sehen, wie Quenzer, welcher sich durch den Absagebrief nicht irre machen ließ, die B. Weis in den Arm nahm, und sie küßte, während letztere dem Kirchgeßner, der sich gleichgültig zu stellen bemühte, einen Blick zuwarf.

Als Quenzer, um einiger Widersprüche wegen mit dem Inquisiten confrontirt zu werden, am 9. Dezember ins Verhörzimmer eintrat, wendete sich Letztere mit den Worten gegen denselben: „Ah, du bist's, wir zwei gehören zusammen" — und wie nun Quenzer fragte, warum? erwiederte Inquisit, „Ha, wegen unserer Geliebten."

Nach Aussage der Schwarzschen Ehefrau erklärte Inquisit in ihrem Beisein der Barbara Weis einmal unter Zähneknirschen, er würde sein Leben mit dem ihrigen theilen, wenn sie einen anderen nähme. Später hätte ihr die Weis auch einmal geklagt, daß ihr Kirchgeßner gedroht, sie todt zu stechen, wenn sie nicht von Quenzer ablasse. Die Weis habe darüber gejammert, zugleich aber bemerkt, sie setze das Verhältniß mit Kirchgeßner zum Schein fort, bis er in der Garnison sei, dann heirathe sie den Quenzer. Inquisit sollte nämlich am 1. Oktober wieder in die Garnison einrücken, um während 2 Jahren anhaltend im Dienste zu verbleiben. In der Confrontation hielt die Schwarz dem Inquisiten unter Anderem vor, wie er einmal der B. Weis seine Liebe betheuert habe, worauf er dieselbe mit der Aeußerung unterbrach: „Oh haltet mir's Maul mit eurem Schmus u. s. w." Auf die Bemerkung der Schwarz, daß sie nicht geglaubt hätte, ihn je wieder zu sehen, entgegnete Inquisit, daß er sie noch oft in Hettingen zu sehen hoffe. Als hierauf die Schwarz voll Verwunderung in die Worte ausbrach: „Was, du meinst, du kämst wieder nach Hettingen, versetzte Inquisit ganz kaltblütig: „Ich weiß wohl, daß die Hettinger glauben, es würde mir sogleich nach der Untersuchung der Kopf heruntergeschlagen, so ist es aber nicht, denn es liegen Wörter in der Untersuchung, die mich halten. Wenn ich keinen Rausch gehabt hätte, so hätte mich die Weißin nicht dazu gebracht, sie umzubringen, ich bin noch jung, und kann dort, wohin ich komme, eine Profession lernen, und dadurch in den Stand gesetzt werden, mich in der Welt noch recht gut durchzubringen." Je näher die Zeit herankam, wo Inquisit wieder in die Garnison einrücken sollte, desto mehr scheint ihn der Gedanke beschäftigt zu haben, seine frühere Drohung in Ausführung zu bringen, um die bevorstehende Vertheilchung seiner Geliebten mit Quenzer zu vereiteln.

So erzählt unter anderem sein Vater: seit 14 Tagen sei ihm der Johann ganz wie verändert vorgekommen, er habe an ihn hinschwätzen können, was er gewollt, derselbe habe ihm kein Gehör gegeben, und sogar geschwiegen, wenn Deponent sich darüber ausgesprochen, daß er ihm wie verrückt vorkomme.

Fr. Mich. Kirchgeßner sagte ebenfalls aus: seit 14 Tagen sei mit seinem Bruder Johann gar nichts mehr zu machen gewesen, denn er habe wie närrisch geschienen.

Aehnliche Wahrnehmungen machte ein früherer Camerad des Inquisiten. Die auffallendste Erscheinung aber zeigte sich am 2. September, als dem Tage der That, des Morgens in der Kirche, wo Inquisit auf der Emporbühne in der vorderen Reihe seinen Platz hatte. Seine beiden Nebenmänner machten nämlich die Beobachtung, daß Inquisit in dem Momente, als die B. Weis in den Stuhl der Singjungfern eintrat, beim Anblick derselben wie ein alter Mann zu zittern anfing, und dann, um dieß zu verbergen, seine Hände unter die Arme versteckte. Dabei sah er ganz scheu und verblaßt um sich her, und schien von einer heftigen Gemüthsbewegung ergriffen zu seyn. Inquisit will sich indessen nicht erklären können, warum er bei dem Erscheinen der B. Weis hätte zittern und die Farbe wechseln sollen, weil er sie ja schon öfters gesehen und an nichts weiter gedacht habe. ꝛc.

Obgleich nach dem bisherigen die meiste Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß Inquisit sich in den letzten Tagen mit der Verfassung des auf dem Thatplatze gefundenen Schreibens beschäftigt und den Entschluß gefaßt hatte, sein Vorhaben bei nächster Gelegenheit auszuführen, so behauptet er doch standhaft, daß er daran nicht gedacht, und den Brief erst nach der That zu Haus auf dem Speicher geschrieben, sodann Dinte und Feder in die Stube heruntergetragen, und das Schreiben auf den Thatplatz hingelegt habe, damit die Leute auch wissen, warum die That geschehen. Auf dem Rückwege habe er sich dann selbst aus der Welt schaffen wollen, es habe aber nicht seyn sollen. Um beim Schreiben sehen zu können, habe er das Stümpchen von einem Wachslichte unten in der Küche auf dem Heerde an den glühenden Kohlen angezündet. Wie lange er an dem Brief geschrieben, wisse er nicht.

Der Localaugenschein zeigte jedoch, daß die Speicherkammer nicht zum Schreiben eingerichtet war, indem sich darin außer einer Bettstelle und Truhe nur ein Stuhl, aber kein

Digitized by Google

Tisch befand. Auch von einem Lichtstumpen ließ sich keine Spur entdecken. Zudem versichert die Mutter des Inquisiten, sie habe nie ein Wachslicht im Hause gesehen und das Feuer auf dem Heerd, welches mit dürrem Lesholz angemacht gewesen, nach 7 Uhr ausgehen lassen. Ueberdieß bezweifeln beide Eltern, daß Inquisit, nachdem er das erstemal ins Zimmer gestürzt war, auf den Speicherboden gegangen sei, weil sie jeden Tritt hätten hören müssen. Ihr Sohn sei nämlich etwa eine Viertelstunde früher, ehe er verwundet, nach Haus gekommen, in's Zimmer hereingestürzt, und gegen das Fenster, über welchem das Rasirmesser gelegen, zugelaufen, dann schnell wieder zur Stube hinausgeeilt. Auf den deßfallsigen Vorhalt erklärte Inquisit, er habe den Brief kniend auf dem Stuhl geschrieben, und dann zugesiegelt; auch habe er das erstemal nicht das Rasirmesser, sondern das Schreibzeug in der Stube geholt, und solches, als der Brief fertig gewesen, wieder an seinen Platz gehängt. Doch nein, so sei es nicht; er habe das Dintenglas und die Feder droben auf dem Boden zurückgelassen, den Brief auf den Platz getragen, sich sodann nach der Selbstverwundung am Halse wieder auf den Boden zurückbegeben, Dinte und Feder heruntergeholt, und seinen Eltern erzählt, was vorgefallen.

Als man dem Inquisiten die Widersprüche in seinen Angaben vor Augen legte, wußte er sich nicht anders auszureden, als daß er im Kopfe verwirrt sei. Allein weder der Untersuchungsrichter, noch der Medizinalbeamte konnte Spuren von Geistesabwesenheit an ihm wahrnehmen.

Ueber den Besitz von Siegellack vermochte sich Inquisit nicht auszuweisen. Eben so ergieng es ihm mit dem Papier, welches er von dem Vorrath seiner noch schulpflichtigen Schwester Pauline genommen haben wollte, als er das Dintenglas und die Feder geholt habe. Das Schreibpapier der Pauline war nämlich grau, während der Brief des Inquisiten auf blaulichtem Papier geschrieben ist. In der Confrontation mit seinen Eltern und Geschwistern schimpfte Inquisit über dieselben, weil sie seine Angaben nicht bestätigten.

Der Inquirent ließ aus jedem der zwei Dintengläser, welche sich in der Kirchgeßnerschen Wohnstube vorgefunden hatten, durch den Actuar einige Zeilen ins Protokoll niederschreiben. Beide Schriften stechen ins Gelblichte; doch ist die eine bläßer als die andere. Dunkler als diese Proben hingegen ist das mehrgedachte Schreiben des Inquisiten. In Bezug auf Letzteres erklärten 2 Experten: die Schrift sei nach der Stellung und nach dem Zusammenhang ihrer Worte, wie nach der Gleichhaltung der Zeilen in einem ruhigen Zustande geschrieben und für einen weniger Gebildeten längere Zeit erforderlich gewesen, um die Schrift abzufassen und niederzuschreiben. Ein Berauschter sei wohl nicht im Stande, mit solcher Sicherheit die Buchstaben zu machen, wie es in dieser Schrift ihrem formellen Charakter nach geschehen seyn müsse.

Das Physikat sprach dieselbe Ansicht aus, indem es noch besonders glaubt, daß die Zeit nach der schauerlich verübten That bis zur Gefangennehmung des Inquisiten zu kurz gewesen sei, um ein solches Schreiben in Knittelversen abfassen zu können. Der Brief müsse vielmehr einige Zeit vor dem verübten Mord im nüchternen Zustande bei voller Geistesgegenwart und Seelenruhe von dem Inquisiten geschrieben worden seyn. — Darum kann sich Inquisit auch nicht genug verwundern, daß es ihm gelungen, nach der That in seinem aufgeregten und berauschten Zustande den Brief zu schreiben, ohne selbst nur zu wissen, daß Reime darin vorkommen. Dazu kommt noch, daß P. Kern und A. Bauer, welche die Scripturen in der Nacht bei dem Leichnam gefunden, und nachmals dem Bürgermeister übergeben haben, mit Letzterem einstimmig aussagen, die fragliche Schrift sei ganz trocken und überall kein Streusand daran, auch das Siegel schon abgelöst gewesen. Inquisit will hier wieder nicht erklären können, wie es gekommen, daß die Schrift, welche er, ohne Streusand darauf zu thun, sogleich zusammengelegt habe, nicht verwischt und auf der leeren Blattseite abgedruckt worden sei.

Gleich hartnäckig zeigte sich Inquisit in seinen Angaben über das Werkzeug der Verwundung. Er beharrte fest dabei, daß sowohl die Weis als er mit dem Zulegmesser verwundet worden sei, welches er im letzten Sommer beim Knochensammeln auf dem Felde gefunden habe. Obgleich sich nun der alte Kirchgeßner und Jos. Schwarz erinnerten, früher einmal ein derartiges, etwa fingerlanges Messer bei dem Inquisiten gesehen zu haben, so war doch solches nach dem Ausspruch der Kunstverständigen in keinem Falle geeignet, die fraglichen Wunden hervorzubringen. Indessen machten sich bei genauerer Untersuchung der Kleidungsstücke, welche Inquisit zur Zeit der That auf dem Leibe getragen, an dem linken Hemdärmel 3 breite Blutstreifen bemerklich, wovon der größere, welcher im Ganzen 11 Zoll, am schmäleren Theil aber nur 5 Zoll lang war, der Form eines ungewöhnlichen Messers glich, welches hier abgewischt worden zu sein schien.

Allein Inquisit schrieb die Entstehung dieser Streifen dem Umstande zu, daß er sich mit dem linken Aermel gleich nach seiner Verwundung das Blut am Halse abgewischt habe. Diese Erklärung konnte jedoch um so weniger genügen, als Inquisit damals eine Jake getragen hatte. Dagegen sagte Ochsenwirth Kreuzer aus: Inquisit habe einige Zeit vor der That in seiner Wirthsstube ein großes Messer bei sich gehabt, welches angeblich zum Knochenschälen gedient haben soll. Auf desfallsigen Vorhalt gestand

Digitized by Google

Inquisit auch zu, daß er eines Tags, als er vom Knochensammeln zurückgekommen, ein Knochenmesser im Ochsen bei sich gehabt habe, welches aber schon längst zerbrochen sei. Gerechten Zweifel gegen dieses Zerbrechen, wovon auch dem alten Kirchgeßner nichts bekannt ist, erregt zunächst die Aussage der Crescenz Weis, indem dieselbe nach ihrer eidlichen Versicherung am 25. August, als sie mit ihrer Schwester in Begleitung des Inquisiten zu Schefflenz gewesen, bei diesem ein großes Messer mit schwarzlederner Scheide gesehen haben will. Inquisit habe ihr auf Befragen gesagt, daß er dieses Messer, welches er einmal herausgethan, zum Knochenschälen brauche. Die feststehende Klinge desselben sei beiläufig ½ Schuh lang, einschneidig und fast so breit gewesen, wie die Blutstreifen am linken Hemdärmel des Inquisiten. Auf das Heft habe sie nicht geachtet.

Da Inquisit diese Angabe in Abrede stellte, so wurde er mit der Deponentin confrontirt, wobei er über den Vorhalt, daß er am 25. August ein großes Messer bei sich getragen, dergestalt in Wuth gerieth, daß er sich wie ein Rasender gebährdete, übrigens aber bei seinem Widerspruch beharrte. Von Wichtigkeit ist noch, daß sein Vater seit mehreren Wochen ein starkes Messer vermißte, welches er aus einer alten Säbelklinge angefertigt, und zum Abschälen der Knochen für die Zuckerraffinerieen verwendet habe. Das Heft dieses Messers soll von Buchenholz, 4 Zoll und einen guten halben Zoll im Durchmesser dick, die einschneidige Klinge hingegen etwa 5 Zoll lang, 1 Zoll breit und vorne zugespitzt gewesen sein. Die dazu gehörige Scheide von schwarzem Leder war aus einem alten Stiefelrohr gefertigt. Der Vater muthmaßt, daß sich Inquisit dieses Messer zugeeignet, und damit die That an der B. Weis verübt habe.

Allein auch dieß gibt Inquisit nicht zu, obschon er sich des von seinem Vater beschriebenen Messers wohl erinnert. Jedoch suchte er bei dem Examen über das Mordinstrument sein Gesicht mit dem Sacktuch zu verdecken und schwankte einigemal in den Antworten. Eben so wenig wollte Inquisit von dem Rasirmesser wissen, welches nach der Beschreibung seines Vaters von mittlerer Größe, schon ziemlich abgeschliffen und mit einem Heft von schwarzem Bein, auf jeder Seite durch ein Silberplättchen geziert, versehen gewesen ist. Nachdem die Untersuchung durch das am 30. Dez. 1839 abgehaltene Schlußverhör so gut als beendigt war, fing Inquisit, der sich bisher bei jeder Gelegenheit über seinen Arrest beschwert und wegen nicht erlangter Abhilfe am 14. Okt. zum zweiten mal Hand an sein Leben gelegt, bei zunehmendem Blutverlust aber wieder um Hilfe gerufen hatte — plötzlich an, ganz fröhlich und vergnügt zu thun, indem man ihn den ganzen Tag jodlen und pfeifen hörte.

Noch während die Akten bei dem Physikat zur Erstattung des Endgutachtens beruhten, überbrachte der Gefangenwärter dem Beamten am 13. Jan. 1840 einen von dem Inquisiten zur Ueberlieferung an seine Eltern erhaltenen Brief, mit der Meldung, daß ihn Inquisit schon in der vorigen Woche um Zustellung von Schreibmaterialien angegangen habe, damit er seinen Eltern schreiben könne. Er habe sich hierüber mit dem zur Bewachung des Gefängnisses aufgestellten Gendarmen berathen, der ihm gleich einen halben Bogen von seinem Papier nebst einer Feder für den Inquisiten hätte zukommen lassen. Beides habe er nun im Beisein des Gendarmen von außen unter der Thüre in das Gefängniß des Inquisiten hineingeschoben, und am anderen Morgen bei Ueberbringung des Frühstücks dem Gefangenen heimlicherweise ein Glas mit Dinte zugestellt, wobei der Gendarm, welcher als Inhaber der Schlüssel jedesmal mit ins Gefängniß gegangen sei, gethan habe, als merke er nichts. Nachmittags habe er dann, wieder in Anwesenheit des Gendarmen, an der Gefängnißthüre geklopft und den Inquisiten gefragt, ob der Brief fertig sei? Dieser habe die Frage bejaht und den offenen Brief unter der Thür herausgeschoben, um solchen gegen ein gutes Trinkgeld seinem Vater zu überbringen. Der Gefangenwärter und der Gendarm durchlasen nun den Brief, stießen aber auf mehrere Stellen, welche ihnen unverständlich waren. Namentlich kam darin folgender Satz vor:

„Muß ich euch zu Wisen tuhn, daß auf dem Rothmaul seinem Ringling ausen gegen dem Strale wo ihr Tschart der Hertling verschobert ist welcher demjenigen getrist und mich doufes der zweite Hertling ist in des Froschmauls Matof. tuht diese beide Hertling ficke bei Leile oder Rathe."

Der Untersuchungsrichter versuchte mit Hilfe des v. Grolman'schen Wörterbuchs der Spitzbubensprache und der Pfister'schen Sammlung und Verdollmetschung einige Wörter aus der Jenischen- oder Gaunersprache den Sinn des vorstehenden Satzes zu entziffern. Es gelang ihm auch, so viel herauszubringen, daß in dem Garten (Ringling) des Rothmaul gegen die Straße (Strale) ein Messer (Hertling) und in dem Keller (Matof) des Froschmaul ein zweites Messer versteckt (tschart) sei und daß man beide Messer bei Nacht (Ratte oder Leile) holen (ficken) solle.

Der Gefangenwärter wurde sofort nach Hettingen geschickt, um auszukundschaften, wer wohl der Rothmaul und der Froschmaul sein möchte. Dieser fragte in dem elterlichen Hause des Inquisiten nach den gedachten Namen, indem er vorgab, von dem Johann beauftragt zu sein, den Leuten, die so heißen, etwas auszurichten. Ohne sich lange zu besinnen äußerte Fr. Mich. Kirchgeßner, ei, der Rothmaul ist der Jos. Anton Henk, und der Froschmaul ist der Franz Mathes Faulhaber. (Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe den 12. Juni 1841.

I.

Mord aus Eifersucht.

(Schluß.)

Der Gefangenwärter ließ hierauf den einen dieser Nachbarn des Kirchgeßner herbei rufen und richtete ihm zum Schein etwas ganz Gleichgültiges von dem Inquisiten aus.

Von diesem Ergebniß in Kenntniß gesetzt, ließ der Beamte den Inquisiten zum Verhör vorführen und gab sich dabei die Miene, als ob er einem Unterschleif des Gefangenwärters auf die Spur gekommen wäre.

Inquisit bekannte ohne Zögern, daß er auf sein Bitten von dem Gefangenwärter Dinte, Feder und Papier erhalten, daß er auch wirklich einen Brief an seine Eltern geschrieben, und solcher dem Gefangenwärter unter der Thüre des Gefängnisses hindurch in die Hände gespielt habe, um ihn nach Heitingen zu bringen. Er gab zugleich den unverfänglichen Inhalt des Schreibens buchstäblich gleichlautend an, desavonirte aber nichts desto weniger den ihm vorgezeigten Brief, behauptend, derselbe müsse von Jemanden abgeschrieben und das Weitere (Jenische) beigesetzt worden sein.

In diesem Verhör zeigte sich Inquisit sehr verlegen und verlangte am Schlusse desselben, an die Militärbehörde abgegeben zu werden, damit diese seine Sache übernehme; obgleich er bis dahin für den Beamten sehr eingenommen und mit seiner Behandlung wohl zufrieden war, wie er in dem Brief selbst sagt. Ein angestellter Versuch lieferte den Beweis, daß man den fraglichen Brief nebst der Feder ganz leicht unter der Thür des Gefängnisses hin und her schieben konnte.

Von dem Gendarmen und dem Gefangenwärter ward eidlich versichert, daß sie an diesem Brief nicht das Mindeste geändert hätten. Eine Confrontation des Inquisiten mit den eben genannten Zeugen blieb erfolglos. Inquisit warf sogar dem Gefangenwärter vor, daß er sich durch seine schlechten Streiche ein gutes Spiel machen wolle. Die Schreibverständigen erklärten nach angestellter Schriftverleichung mit Bestimmtheit, daß der fragliche Brief seinem ganzen Inhalt nach von dem Inquisiten geschrieben sei.

Um der darin enthaltenen Andeutung nachzuspüren, verfügte sich die Untersuchungskommission nach Heitingen. Nachdem in dem Faulhaber'schen Keller eine Zeitlang vergebens gesucht worden war, fragte der Beamte den N. Faulhaber, ob nicht seit Ermordung der B. Weis in seinem Keller ein Messer, namentlich ein Rasirmesser gefunden worden sei? Worauf letzterer die Auskunft ertheilte, daß einige Tage nach Martini beim Ausräumen des Schuttes allerdings ein Rasirmesser zum Vorschein gekommen, welches er dem alten Kirchgeßner gegeben habe, da ihm bekannt gewesen, daß derselbe seit jenem Ereigniße ein solches vermisse.

Dieses Messer wurde augenblicklich bei Kirchgeßner erhoben. Auf der einen Seite des beinernen Heftes befindet sich ein Silberplättchen und auf der anderen der eingeschnittene Name „Kirchgeßner," welcher jedoch etwas verschliffen ist.

Sowohl Faulhaber als Kirchgeßner erklärte dieses Rasirmesser für das nämliche, von welchem bisher die Rede war. Insbesondere erkannte letzterer das Rasirmesser als dasjenige an, welches er seit der fraglichen Nacht vermißt habe.

Hiernächst wurde in dem Henk'schen Garten, welcher seiner Länge nach an einen schmalen Pfad stößt, nach dem zweiten Messer gesucht. In der Mitte des Haags an der Kirchgeßner'schen Seite fand man neben einem Obstbäumchen ein bis über das Heft im Boden steckendes Messer, woran zwischen dem Heft von Buchenholz und der Klinge ein an der letzteren mit Erde angeklebtes Büschelchen von Menschenhaaren hing. Das ganze Messer sammt dem Heft hat eine Länge von 8½ Zoll, und die Klinge eine solche von 5 Zoll. Die Breite der Klinge beträgt am breitesten Theil 2 Linien weniger als einen Zoll, und gegen die Spitze einen halben Zoll. Die Klinge ist feststehend, einschneidig, scharf und gegen das Ende von beiden Seiten spitz zugeschliffen. Sie war mit Erde und Rost überzogen.

Der alte Kirchgeßner hielt dieses ihm sogleich vorgezeigte Messer für das Nämliche, welches ihm einige Wochen vor der That seines Sohnes abhanden gekommen

Digitized by Google

und seitdem auf der Rückenseite zugeschliffen worden sei. Auch Ochsenwirth Kreuzer und Kreszenz Weis fanden es auf den ersten Anblick jenem Messer ähnlich, welches sie früher bei dem Inquisiten gesehen.

Obgleich der Letztere die beiden Messer schlechterdings nicht kennen wollte, so wechselte er doch in dem desfallsigen Constitut einmal über das andere die Gesichtsfarbe, und konnte die innere Unruhe, die sich seiner bei dem Anblick dieser Instrumente bemächtigte, nicht verbergen.

Ein Messerschmied erklärte als Experte, daß die Klinge des großen Messers ihrem Stoffe nach aus einer guten alten Säbelklinge gefertigt zu sein scheine.

Da man jedoch an diesem Messer, sowohl bei der Auffindung, als chemischen Untersuchung desselben, keine unzweifelhaften Blutspuren erkennen konnte, so ging der Ausspruch der Kunstverständigen dahin, daß das Blut, wenn sich welches an der Klinge befunden, entweder durch das schnelle Einstecken des Messers in den Boden abgestreift, oder von der Feuchtigkeit der Erde selbst eingesaugt worden sein dürfte.

Auch könnte Inquisit das Messer, bevor er dasselbe versteckt, an seinem linken Hemdärmel abgewischt haben.

Die vom Messer abgelösten Haare erschienen im gereinigten Zustande hellbraun. Da indessen bei der Legalinspektion versehen worden war, die Haare der Getödteten im Protokolle zu beschreiben, so mußte die Beschaffenheit derselben nachträglich ermittelt werden. Durch die Vernehmung der Obducenten und der Verwandten der Getödteten ward constatirt, daß ihre Kopfhaare dunkelbraun waren. Diese Verschiedenheit in der Farbe suchte man durch die Annahme zu erklären, daß die am Messer vorgefundenen Haare ihrer Kürze wegen wahrscheinlich vom Nacken herrühren, und auch einzelne betrachtet, heller scheinen als sie in Masse aussehen. Nebstdem wurde von den Weis'schen Eheleuten bemerkt, daß die Nackenhaare ihrer Tochter Barbara etwas heller gewesen seien, als die Kopfhaare derselben. Auf Vorlage der beiden Messer begutachteten die Gerichtsärzte, es lasse sich mit hoher, fast an Gewißheit grenzender Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die Wunden der B. Weis, weil dieselben nur mit einer feststehenden, starken und spitzauslaufenden Klinge hätten hervorgebracht werden können, mit dem großen Messer verursacht worden; auch unterliege es keinem Zweifel, daß die Halswunden des Inquisiten von dem vorliegenden Rasirmesser herrühren könnten. Nichts desto weniger hielt Inquisit konsequent an der ursprünglichen Behauptung fest, sich nur seines Sackmessers bedient und damit die B. Weis im Rausch, in der Wuth und im Zorn erstochen zu haben. Durch die Entdeckung der zwei anderen Messer hatte sich aber die Sachlage wesentlich zu seinem Nachtheil geändert. Denn war es schon von Anbeginn durchaus unglaubhaft, daß die Ermordung der B. Weis ohne alle Präméditation im Rausche gleichsam aus dem Stegreif mit einem kleinen Zulegmesser verübt worden sei, so blieb jetzt kein erheblicher Zweifel mehr übrig, daß Inquisit den bei der Leiche zurückgelassenen Brief, wie auch dessen Inhalt ausweist, vor der That geschrieben, und das große Messer, welches er seit längerer Zeit bei sich getragen, zur Ausführung seines Vorhabens noch besonders hergerichtet, auch daß er in der fraglichen Nacht nicht das Schreibzeug, sondern das Rasirmesser aus der Wohnstube geholt hatte. Ließe sich aber auch die Kraft und Festigkeit, welche nach dem Urtheile der Techniker zur Vollbringung des fraglichen Mordes erforderlich war, bei einem Berauschten unterstellen, so zeugt doch die sorgfältige Beseitigung der beiden Messer die Art, wie er bei dem Halsabschneiden zu Werke gegangen u. s. w. von seiner vollen Besinnung und Geistesgegenwart. Noch weit mehr würde hiefür der fragliche Brief sprechen, wenn angenommen werden könnte, daß Inquisit solchen wirklich erst unmittelbar nach der That geschrieben habe. Eben so wenig Glauben verdient die angebliche Einwilligung der Getödteten, welche übrigens, da sie den Begriff oder Thatbestand der Tödtung selbst nicht aufhebt, höchstens als Milderungsgrund hätte in Betracht kommen können, wenn sie als erwiesen anzusehen gewesen wäre. Den Gründen, welche bereits dagegen angeführt wurden, fügt der hofgerichtl. Med. Referent noch folgende bei: es sei nämlich mehr als wahrscheinlich, daß an dem fraglichen Abend dem Inquisiten von seiner Geliebten die Erklärung zu Theil wurde, daß er fernerhin auf ihren Besitz verzichten müsse; es sei ferner wahrscheinlich, daß sie ihm wegen nicht vollendeter Menstruation den Beischlaf, welchen er öfters mit ihr vollzogen haben wolle, an diesem Abend versagt habe. Dieses möge den ungeduldig harrenden Liebhaber aufs höchste zur Eifersucht und zum Unwillen, welche letzterer sich auch noch nach der That durch Schimpfworte gegen die Ermordete kund gegeben, gereizt haben. Nun sei es eine psychologische Erfahrung, daß oft der Halbberauschte, wenn ihn unangenehmer und heftiger Affekt berührt, ungleich stärker in Wuth, selbst in blinde Wuth versetzt wird, als der Ganzberauschte. Demnach lasse sich annehmen, daß der durch Eifersucht und Haß in Wuth versetzte Thäter anfänglich zum blinden Zustoßen mit dem Messer getrieben, sodann durch den Widerstand, und wie er selbst angibt, durch die That selbst noch mehr entflammt worden sei ꝛc. Die Eifersucht eines in voller Jugendkraft stehenden Burschen von 21 Jahren, der zugleich von allen Seiten als ein roher, leidenschaftlicher und rachsüchtiger Mensch geschildert wird, macht es daher

Digitized by Google

anschaulich, daß er die That ohne Einwilligung und mit Widerstand der Getödteten in der Wuth und im Zorn verübt habe, wodurch jedoch die Präméditation keineswegs ausgeschlossen wird.

Die oberste Militärbehörde, an welche die Akten zuerst eingesendet worden waren, verwies den Inquisiten als unwürdig, ferner im Militär zu dienen, zur Aburtheilung an die Civilgerichte.

In der hofgerichtl. Plenarsitzung vom 30. Okt. 1840 ward Inquisit der vorsätzlichen Tödtung der B. Weis einstimmig für schuldig erkannt, und in Ermangelung rechtlicher Milderungsgründe zum Tod verurtheilt. Nach Anhörung dieses ihm am 14. Nov. verkündeten Urtheils gab er auf die Frage: ob er damit zufrieden sei? die Antwort: „So etwas hätte ich mir nicht erwartet, ich will aber doch mit dem Urtheil zufrieden sein."

Ohne Zweifel gewann Inquisit jetzt die Ueberzeugung, daß die Wörter, von welchen er noch vor Entdeckung der beiden Messer in der Confrontation mit der Schwarz'schen Ehefrau gesprochen, ihm nicht helfen können; denn 3 Tage später bat er mit gefalteten Händen unter jämmerlichem Weinen und Wehklagen kniefällig, daß ihm das Leben geschenkt werden möge, indem es Schade für ein so junges Leben wäre! Diese schmähliche Todesfurcht eines barbarischen Mörders, der so feig war, sich selbst den verdienten Lohn zu geben, bestätigt aufs Neue, wie Inquisit, obwohl er häufig in Widersprüche verfallen ist doch seine ganze Vertheidigungweise, im Lügen und Läugnen, darauf berechnet hatte, die unmenschliche Hinschlachtung seiner Geliebten nicht mit dem Leben büßen zu müssen.

Am 17. Dez. erging auf seine Begnadigungsbitte die höchste Entschließung, wodurch die Todesstrafe in eine Zuchthausstrafe von 20 Jahren gnädigst verwandelt worden ist.

Bayer.

II.

Ist der Staatsanwalt befugt, gegen hofgerichtliche Erkenntnisse, durch welche eine Denunciation unter Verfällung des Denuncianten in die Kosten verworfen wurde, zu rekurriren? *)

Heznee gegen Reis.

Gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß vom 15. Januar l. J., wodurch die erhabene Denunciation unter Verfällung des Beschuldigers in die Kosten verworfen ward, ließ der Letztere den Rekurs zum Recht ausführen, welcher jedoch durch oberhofgerichtliche Verfügung vom 1. März, unter Verfällung des Rekurrenten in die dadurch veranlaßten Kosten, als unstatthaft verworfen worden ist.

*) Vergl. den Aufsatz III. in Nr. 37 der Annalen von 1840. D. E.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß ein Rekursrecht des Beschuldigers in den bestehenden Gesetzen nicht begründet ist;

In Erwägung, daß die Begründung dieses Rekursrechts nur entweder in dem Strafedikt und den Erläuterungen dazu, dann in dem Gesetze vom 4. Januar 1805. (Reg.Bl. Nr. XXII.) †) oder in dem neuen Rekursgesetze vom 3. Aug. 1837 (Reg.Bl. Nr. XXV.) gesucht werden könnte, in jenen älteren Gesetzen aber überall nur dem Verurtheilten, dem Angeschuldigten — ein Rekurs gestattet wurde, dem Beschuldiger aber im Gegentheile durch den §. 22 des Strafedikts (im Gegensatze von dem unmittelbar vorher durch §. 21 dem Verurtheilten gegebenen Rechtsmittel) jedweder Rekurs abgesprochen ist, indem hiernach der Beschuldiger nur dann, wenn er diejenigen Punkte des Urtheils, welche sein rechtmäßiges Privatinteresse betreffen, für widerrechtlich gravirend ansieht — in dieser Hinsicht in Sachen, welche ihrer Wichtigkeit nach von den Hofgerichten entschieden werden müssen, um Separaterkenntniß bitten, und von dem ergehenden Erkenntniß bei vorhandener Berufungssumme die Oberappellation an den höchsten Gerichtshof ergreifen darf, — wovon aber der Fall, wo der Beschuldiger im öffentlichen Interesse ausführen wollte, daß der Beschuldigte zu gering bestraft worden sei, ausdrücklich ausgenommen wird;

In Erwägung, anlangend das Gesetz von 1837, daß zwar nach §. 2 desselben, wo von der Statthaftigkeit des Rekurses im Allgemeinen die Rede ist — in allen gerichtlichen Strafsachen zwei Instanzen stattfinden sollen, und hiernach der Rekurs gegen untergerichtliche Erkenntnisse an die Hofgerichte und gegen hofgerichtliche Erkenntnisse an den obersten Gerichtshof unbedingt gestattet ist. — Daß jedoch in den folgenden Paragraphen des Gesetzes, worin von denjenigen Personen, welchen dieses Rechtsmittel des Rekurses zustehen soll, besonders gehandelt wird. —

a) Durch §. 7 ist nur dem Staatsanwalt die Befugniß ertheilt ist, gegen jedes hofgerichtliche Erkenntniß, dessen Gesetzmäßigkeit er bezweifelt, also gegen condemnatoeische wie gegen freisprechende Urtheile, — und zwar mögen sie auf von Amtswegen eingeleitete Untersuchung oder auf erhobene Denunciation eines bestimmten Beschuldigers ergangen sein — den Recurs zu ergreifen, und

b) weiter — und zwar durch die §§. 10 und 11 — nur dem Angeschuldigten das Recht zu rekurriren eingeräumt worden ist ꝛc.

Anmerkung. Auch diese, wiewohl ausführlicher motivirte, Entscheidung scheint mir nicht richtig zu seyn. Un-

†) Wird heißen sollen: vom 4. Juni 1805. (Reg.-Bl. Nr. XVII.) D. E.

Digitized by Google

streitig ist im §. 8 des Strafedikts der gemeinrechtliche Anklageprozeß ausnahmsweise für solche Fälle beibehalten, in welchen der Richter keinen genügenden Anlaß hat, von Amtswegen eine Untersuchung einzuleiten. Im gemeinrechtlichen Anklageprozeß stand aber beiden Theilen, d. h. sowohl dem Ankläger als dem Angeklagten das Rechtsmittel der Appellation frei.

Martin, Lehrbuch des teut. gem. Crim.prozeß. §. 156.

Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft, Bd. III. §. 924.

Es fragt sich also zunächst: ob hievon durch das Strafedikt — denn andere Bestimmungen unseres älteren Particularrechts lassen diese Frage jedenfalls unentschieden — etwas abgeändert worden ist? Der §. 22 des Strafedikts ertheilt meines Erachtens eine verneinende Antwort hierauf. Er unterscheidet — wie lex 1. D. an per al. 49, 9. — zwischen dem Strafpunkt und dem Privatinteresse des Anklägers. Glaubt sich der Letztere durch das auf die Anklage erfolgte Urtheil im Civilpunkt beschwert, so kann er in Sachen, welche ihrer Wichtigkeit wegen bei den Hofgerichten entschieden werden müssen, ein Separaterkenntniß hierüber begehren gegen das, wenn anders die Summe vorhanden ist, ein weiterer Rechtszug statt findet. Was dagegen den Strafpunkt betrifft, so ist derselbe von dem Privatinteresse des Beschuldigers in der Art ausgeschieden, daß ihm keine Beschwerde an den höheren Richter zustehen soll, wenn seiner Meinung nach der Beschuldigte zu gering bestraft ist. Jedenfalls wird also hiebei eine Schuldigerklärung und Verurtheilung, beziehungsweise Bestrafung des Angeklagten vorausgesetzt. Ist aber diese nicht erfolgt, vielmehr der Beschuldigte irgendwie freigesprochen, oder die Denunciation verworfen oder der Ankläger abgewiesen worden, so verbleibt es, weil das Strafedikt diesen Fall unberührt läßt, bei dem gemeinen Recht, wornach im Anklageprozeß jedem Theile gegen das strafrichterliche Erkenntniß die Appellation zusteht. Die Regel ist demnach, daß der Ankläger gegen absolutorische, wie der Angeklagte gegen condemnatorische Urtheile unbedingt appelliren darf. Der Unterschied zwischen diesem Anklageprozeß und jenem in Ehrenkränkungssachen besteht mithin lediglich darin, daß in letzterem der Ankläger auch appelliren kann, wenn er glaubt, daß der Angeklagte zu gelind bestraft sei.

Die bisher vertheidigte Ansicht wird durch das bereits allegirte Gesetz vom 3. Aug. 1837 noch mehr befestigt, denn gerade dadurch, daß der §. 2 den im inquisitorischen Prozesse bei einer Strafsache betheiligten zwei Personen — nämlich dem Staat und dem Angeschuldigten — das Recht des Rekurses unbedingt einräumt, spricht dieses Gesetz den Grundsatz aus, welcher im Anklageprozeß längst sanctionirt ist.

Um den in obigen Entscheidungsgründen unter litt. a. ausgesprochenen Satz zu rechtfertigen, müßte angenommen werden können, daß die in dem Ehrenkränkungs- und Preßgesetze hinsichtlich der Appellation und der hiezu berechtigten Personen enthaltenen Bestimmungen durch das Gesetz vom 3. Aug. 1837 abgeändert oder modificirt worden seien. Da aber eine solche Annahme bis jetzt zu den unerhörten Dingen gehört, so ist es durchaus unrichtig, daß der Staatsanwalt gegen jedes hofgerichtliche Erkenntniß in Strafsachen, selbst wenn dasselbe auf die Anklage eines Privaten ergangen seyn sollte, den Rekurs zustehe.*) Gleich ungegründet ist die anderwärts aufgestellte Behauptung, daß sich die allgemeine Bestimmung des §. 2 nur auf das Rekursrecht des Angeschuldigten beziehe, indem sie gegen den §. 7 verstößt, worin auch dem Staatsanwalt die Befugniß für oder gegen den Angeschuldigten zu recurriren, verliehen ist. Daraus aber, daß der Staatsanwalt im inquisitorischen Prozeß nur gegen hofgerichtliche Erkenntnisse recurriren kann, resultirt weiter nichts, als daß man die amtlichen Urtheile ihrer geringeren Bedeutsamkeit wegen, diesem, hier nur dem Angeschuldigten gewährten Rechtsmittel, aus Gründen der Gesetzgebungspolitik nicht unterwerfen wollte. Unumstößlich hingegen bleibt das aus dem §. 2 geschöpfte Argument, daß nach

*) Was das gemeine Recht vom Anklageprozeß sagt, ist hier nicht anwendbar, da der §. 6 des Strafedikts den gemeinrechtlichen Anklageprozeß ausdrücklich ausschließt, und der §. 8 nur einen davon verschiedenen Beschuldigungsprozeß zuläßt, hinsichtlich dessen der §. 22 auch die Vorschriften über die Rechtsmittel anders aufstellt, als das gemeine Recht sie für den Anklageprozeß gibt.

Bei Ehrenkränkungen gilt nun aber nach dem Gesetze von 1831 ausnahmsweise das Anklageverfahren, für welches dort ebenfalls singuläre Vorschriften über die Rechtsmittel gegeben sind, denen das allgemeine Gesetz vom 3. August 1837 nicht derogirt. Es ist auch ein großer innerer Unterschied zwischen Ehrenkränkungssachen, die von Amtswegen gar nicht verfolgt werden dürfen, wobei also nur das Privatinteresse des Beleidigten den Streitgegenstand bildet, und andern, ihrer allgemeinen Natur nach zur Untersuchung von Amtswegen geeigneten, Strafsachen, wobei nur zufällig ein Beschuldiger aufgetreten ist. In Sachen der letztern Art muß, man mag den §. 21 des Strafedikts auslegen, wie man will, man mag dem Beschuldiger gegen die Freisprechung ein Rechtsmittel gestatten, oder nicht, nach dem Gesetz von 1837 jedenfalls dem Staatsanwalt ein Rekurs zustehen. Dieses Gesetz macht bei Verleihung des Rekursrechts an den Staatsanwalt keinen Unterschied, ob die von Amtswegen verfolgbare, also das öffentliche Interesse berührende Strafsache sogleich anfänglich von Amtswegen verfolgt worden sei, oder ob eine Denunziation Anlaß dazu gegeben habe. D. Red.

dem Prinzip der Rechtsgleichheit derselbe Instanzenzug, welcher dem einen Betheiligten vergönnt ist, auch dem anderen zu statten kommen muß *). Aus dem §. 2 folgt namentlich auch, daß der Denunciant sich jetzt selbst dann, wenn er die gegen den Beschuldigten erkannte Strafe zu gelind erachtet, an den höheren Richter wenden kann, gerade so, wie wenn der Verurtheilte die Strafe zu hart findet. Insofern ist also, wie mir scheint, der §. 22 des Strafedikts durch das Gesetz vom 3. Aug. 1837 abrogirt.

Der bisherigen Auslegung kann auch nicht entgegengehalten werden, daß ja der Denunciant, wenn er im Unterliegungsfalle von dem Beschuldigten wegen Ehrenkränkung belangt wird, in diesem Anklageprozeß eben so viel Instanzen habe als der jetzige Ankläger, gegen welchen er nun den Beweis der Wahrheit seiner früheren Beschuldigung führen könne, um hier ungestraft auszugehen. Denn abgesehen davon, daß in diesem zweiten Verfahren die Zulässigkeit des Beweises der Wahrheit einigem Bedenken unterliegen dürfte (?), so kann der frühere Denunciant, nachdem er einmal wegen Beweisfälligkeit abgewiesen worden ist, als Angeklagter im Ehrenkränkungsprozesse seinen Zweck, nämlich die Verurtheilung des vormals Beschuldigten, nicht mehr erreichen, sondern sich im glücklichsten Fall nur vor Strafe und Kosten schützen. Man denke sich — um dieß anschaulich zu machen — folgenden Fall. Der Denunciat war von seinem Gegner eines falschen Eides beschuldigt, welchen jener in einem vorausgegangenen Civilprozesse geschworen und dadurch obgesiegt haben soll. Hätte nun der Beschuldiger die Verurtheilung des Denunziaten wegen Meineids herbeigeführt, so könnte er daraufhin nach §. 1252 Nr. 4 der Prz.-Ord. eine Wiederherstellungsklage im Civilwege gründen und den verlorenen Prozeß noch gewinnen. Was hilft es ihm aber, wenn er den Beweis, welcher mit der Appellation im Denunciationsprozesse noch hätte vervollständigt werden können, erst im Ehrenkränkungsprozesse zu liefern oder den hier entscheidenden Richter von der Wahrheit seiner früheren Beschuldigung zu überzeugen Gelegenheit findet? — Weiter nichts, als daß er Gott danken darf wegen des von seinem Gegner im Civilprozeß ausgesprochenen Meineids, im Ehrenkränkungsprozeß mit heiler Haut davon zu kommen, nachdem er sein Recht unwiderbringlich verloren und zweimal als unterliegender Theil die Prozeßkosten bezahlt hat!

Gerade die im §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes enthaltene Bestimmung ist ein Grund mehr, im Denunziationsprozesse, wovon der Ehrenkränkungsprozeß nur eine Art ist, die Appellation auf beiden Seiten unbedingt zuzulassen. Man wird hiernach wohl die Ansicht hegen dürfen, daß die oberhofgerichtliche Entscheidung in den Gesetzen nicht begründet ist. Bayer.

*) S. Annalen v. 1840. Nr. 15. III.

III.

Zu Nr. 4 und 27 der Annalen vom 26. Januar und 6. Juli 1839.

In der ersten Nummer ist sub. I. die Frage aufgeworfen: „Hat der Erwerber von Güterkaufschillingen die Kaufaccise zu entrichten? Und zugleich negativ mit dem Bemerken beantwortet worden, daß es interessant wäre, wenn sich andere Stimmen über die vorliegende Frage vernehmen ließen.

Wäre die Frage richtig gestellt, so könnte deren Beantwortung keinem Zweifel unterliegen, da nur die Veräußerungen von Liegenschaften der Accise unterworfen sind, Kaufschillinge aber, in der Regel keine Liegenschaften sind, sondern zum fahrenden Vermögen gehören. Es hätte die Frage vielmehr so gestellt werden sollen: ob Verträge, welche in die Form von Aufträgen zu Liegenschaftsverkäufen gekleidet sind, ihrem Inhalt und Ansehen nach aber einen wirklichen Gutsverkauf bestimmen, nicht als accispflichtig zu betrachten und zu behandeln seien?

Richtiger ist daher der Betreff in dem Aufsatze in Nr. 27 der Annalen „die Accispflicht von Liegenschaftveräußerungen betreffend". Es ist in demselben Aufsatze ein Urtheil des hiesigen Hofgerichts vom 2. Mai 1837 mit Entscheidungsgründen angeführt, wodurch der vom Denunziaten ergriffene Rekurs gegen das verurtheilende Erkenntniß des Amts als unbegründet verworfen worden ist. Seitdem sind mehrere gleiche Fälle von demselben Gerichtshofe im entgegengesetztem Sinne, nämlich zu Gunsten der Rekurrenten (Denunziaten) entschieden worden. Die Majorität der Stimmen ist dabei von der Ansicht ausgegangen, es sei in den abgeschlossenen Verträgen nicht das Eigenthumsrecht — die Befugniß nach Landrechtsatz 544 über Bestand und Wesen, so wie über den Genuß der Liegenschaften nach Belieben zu schalten und zu walten, an die Denunziaten übertragen worden, sondern sie hätten nur einen Theil der im Eigenthum begriffenen Rechte, nämlich nur die Befugniß erhalten, die Liegenschaften durch Privatverkauf oder in öffentlicher Steigerung zu verkaufen. Auf die verdeckte Absicht der Denunziaten, die Liegenschaften zum Wiederverkauf zu erwerben und auf die Meinung des Eigenthümers, die angeblich Bevollmächtigten seien wirklich Käufer, komme es nicht an, sondern nur darauf, welche Natur der Vertrag nach den Bestimmungen des Landrechts wirklich gehabt habe. Diesen letzten Satz halte ich für ganz richtig, aber auch in Anwendung desselben die

Digitized by Google

abgeschlossenen Verträge für wirkliche Gutskäufe, daher accispflichtig.

Da es sich um die Auslegung von Verträgen handelt, so ist die Kenntniß des vollständigen Inhalts derselben nothwendig, daher ich eine Abschrift des Vertrags, welchen der letzte dahier zur Aburtheilung gekommene Fall zum Gegenstand gehabt hat, diesem Aufsatze anschließe.

Es werden in diesem Verteage zwar die Worte: „Bevollmächtiger, Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer gebraucht, um die Sache und die Kontrahenten nicht mit dem wahren Namen: „verkaufen, Verkäufer, Käufer" zu benennen, es fehlen aber die wesentlichen Merkmale eines Auftrags oder einer Bevollmächtigung, denn solche besteht nach Landrechtsatz 1984 darin, daß Jemand eine andere Person ermächtigt, etwas für ihn, dem Gewaltgeber und in seinem Namen zu thun. So wie der Bevollmächtigte nur für den Nutzen des Gewaltgebers handelt, durch seine Verträge mit Dritten für ihn erwirbt, eben so wird auch der Gewaltgeber dem Dritten innerhalb der Grenzen seiner ausgestellten Vollmacht verbindlich. — Landrechtsatz 1998. Hier aber handeln die angeblich Beauftragten nicht für den sogenannten Vollmachtgeber, sondern allein für sich und zu ihrem eigenen Vortheil, indem sie auf eine unbeschränkte und unwiderrufliche Weise ermächtigt sind, unter Bedingungen, die ganz in ihr Belieben gestellt sind, in Privatverkauf oder öffentlicher Versteigerung die fraglichen Güter und Fahrnisse zu veräußern, und den Erlös als ihr Eigenthum einzuziehen.

Dagegen sind in den Bestimmungen des Vertrags alle gesetzliche Bedingungen vorhanden, welche den Begriff eines Verkaufs bilden, eines Vertrags nämlich, (Landrechtsatz 1582.) durch welchen das Eigenthum an einer Sache von dem einen Theil an den anderen, für einen von diesen zu entrichteten Preis übertragen wird. Hier übergibt der Eigenthümer (Kien) die beschriebenen Güter und Fahrnisse den sogenannten Vollmachtnehmern, und diese versprechen sogleich bei Aushändigung dieses (der Verteagsurkunde) die Summe von 5:00 fl. an Schien baar zu bezahlen. Hier haben wir also Preis und Sache (Waare), worüber die Parteien übereingekommen sind. Es ist die Bezahlung dieses Preises keineswegs an die Bedingung geknüpft, daß der angebliche Madatar die ihm übergebenen Güter und Fahrnisse an einen Dritten veräußern müsse. Ausdrücklich ist diese Bedingung nicht gestellt, vielmehr geht das Gegentheil aus der oben erwähnten Bestimmung hervor, daß sogleich bei Aushändigung der Vertragsurkunde die bestimmte Summe an den Uebergeber der Güter bezahlt werden soll. Ueberdies ist schon im Eingange des Vertrags ausdrücklich gesagt, daß die benannte Meier auf unumschränkte und unwiderrufliche Weise bevollmächtigt werde, die nachverzeichneten Liegenschaften und Fahrnißstücke zu verkaufen und nach ihrem Belieben damit zu verfahren. Sie sind damit ermächtigt, aber nicht gebunden, die fraglichen Gegenstände wieder zu veräußern, indem sonst diese Verbindlichkeit im geraden Widerspruche mit der ihnen ertheilten unbeschränkten Befugniß, nach ihren Belieben damit zu verfahren, stehen würde.

Der Wiederverkauf der erworbenen Liegenschaften und Fahrnisse zur Erzielung eines Gewinns ist unverkennbar. Das Motiv der sogenannten Vollmachtnehmer zu ihrem Kauf, aber nicht Bedingung von Seiten des Verkäufers, dem es ohnehin gleichgültig sein kann, auf welche Weise die Käufer über ihre Sachen verfugen, da die Bezahlung des ihm versprochenen Kaufschillings nicht davon abhängig gemacht worden, sondern wie erwähnt, mit der Aushändigung der Verteagsurkunde sogleich zu entrichten ist.

Daß die sogenannten Vollmachtnehmer wirkliche Eigenthümer der Verkaufsobjekte geworden sind, geht unter anderem auch aus der Nebenbestimmung hervor, daß der diesjäheige Güterertrag zur Hälfte dem Vollmachtgeber und zur anderen Hälfte den Vollmachtnehmern gehöre.

Es ließe sich zwar ein Vorbehalt der Güterbenutzung auf gewisse Zeit auch mit dem Vollmachtvertrag als vereinbar erklären, aber, wenn nur ein solcher Vertrag eingegangen worden wäre, dann hätten doch die Vollmachtnehmer selbst keinen Anspruch auf den Güterertrag gehabt, und es hätte dann heißen müssen, daß der- oder diejenigen, welche von den Auftragsnehmern die Güter kaufen, den diesjährigen Ertrag mit dem Vollmachtgeber zu theilen haben.

Hieraus erhellt weiter, daß die Käufer ihre Absicht, die Liegenschaftsaccise, und die mit der öffentlichen Staatsbeurkundung und Eintragung verbundenen Kosten zu defrandiren, durch die Verfassung und gezwungene Einkleidung in einen sogenannten Vollmachtvertrag schlecht zu verbergen gewußt haben. Donsbach.

Vertrag

zwischen Elias, Israel und Joseph Meier, Jakobs Sohn und Abraham Meier, Juden von Mühlheim, einerseits

und

Joseph Jakob Schien, Bürger zu Feldberg andrerseits.

Jos. J. Schien bevollmächtigt hiermit oben benannte Meier zwar auf unwiderrufliche und unumschränkte Weise seine nachverzeichneten Liegenschaften und Fahrnisstücke, welche wahres Eigenthum von Schien sind, zu verkaufen und nach ihrem Belieben damit zu verfahren. Dieselben erhalten hiermit die unumschränkte Vollmacht, das Gut stückweise oder alles miteinander in Privatverkauf oder öffentlicher Versteigerung zu verkaufen und nach ihrem Belieben die Bedingungen dabei zu ordnen, auch den Erlös dafür sowohl von der Fahrniß als den Liegenschaften, welches ihnen hiemit von Schien als Eigenthum unter nachfolgenden Bedingungen überlassen wird, einzuziehen.

Bedingungen.

1) Das Erlös sowohl von sämmtlicher Liegenschaft als von der Fahrniß ward anmit von dem Vollmachtgeber Schien an die Vollmachtnehmer Meier zum Einzug und Eigenthum, er mag sich hoch oder nieder stellen, angewiesen.

2) Das Gütermaaß wird nicht gewährt.

Digitized by Google

3) Sämmtliches Gut wird zehntfrei übergeben. Die übrigen Lasten und Beschwerden, welche darauf lasten, ohne Ausnahme, müssen die Vollmachtnehmer vom heutigen Tag an übernehmen, dieselben müssen ebenfalls alle bei dem Verkauf oder der Versteigerung sich ergebenden Kosten bezahlen. Schien ist durchaus für nichts haftbar.

4) Schien behält sich den diesjährigen Ertrag des Gewächsackers mit Nr. 25 bezeichnet, vor. Von allen übrigen Gütern, sowohl Ackern, Matten als Reben gehört der diesjährige Ertrag zur Hälfte dem Vollmachtgeber Schien, zur andern Hälfte den Vollmachtnehmern Meier, hingegen künftiges Jahr hat Schien durchaus keine Anforderung mehr daran zu machen.

Hiefür versprechen die Vollmachtnehmer Meier an Schien sogleich bei Ausbändigung dieses die Summe von 5100 fl. baar zu bezahlen.

Verzeichniß

der Liegenschaften, welche von Schien an die benannten Meier zum Verkauf und Uebergabe des Erlöses angewiesen wurden.

1) Eine einstöckige Behausung ꝛc.
2) 17 Ruthen Krautgarten u. s. w.
3) 3 bis 25 Aecker.
4) 26 bis 34 Matten und
5) 35 bis 42 Reben.

In diesen vierzig und zwei Item sind die Liegenschaften beschrieben. Nun folgen die Fahrnißstücke, welche denselben von Schien ebenfalls übergeben werden.

(Sind in 13 Item beschrieben.)

Hierauf wurde der ganze Vertrag den Betheiligten deutlich vorgelesen, worauf dieselben erklären, daß alles ihrer Verabredung gemäß verfaßt sei u. s. w.

(Folgen die Unterschriften.)

Anm. der Red. Es ist allerdings bei solchen sogenannten Kaufschillingskäufen nicht ein Fall dem andern gleich. Was den vorliegenden Fall betrifft, so zeichnet er sich vor den andern, gewöhnlich vorkommenden Fällen darin aus, daß die Uebernehmer sogleich mit Ausbändigung der Vertragsurkunde verbindlich wurden, die festgesetzte Summe von 5,100 fl. zu bezahlen, und daß ihnen dann überlassen war, die Güter auf ihre Rechnung (d. h. mit Zueignung des Erlöses) zu verkaufen, daß sie also Eigenthümer der Güter wurden, und dieselben auch hätten für sich behalten dürfen, indem Schien bei der Versteigerung derselben, da er, unabhängig hievon, die festgesetzte Summe schon vorher erhielt, kein Interesse mehr hatte. Anders verhält es sich, wenn der Vertrag, obgleich unwiderruflich, dahin abgeschlossen wird, daß der Eine das Gut des Andern versteigere und demselben alsdann für die erzielt werdenden Kaufschillinge eine zum Voraus bestimmte Summe bezahle. Hier wird der Erstere nie Eigenthümer des Guts selbst, er könnte dasselbe nicht für sich behalten, seine Zahlungsverbindlichkeit und der Eigenthumsübergang treten erst mit der Versteigerung ein. Es ist dabei gerade wie in dem Falle, wo er mit dem Gutseigenthümer verabredet, daß dieser selbst das Gut versteigern und ihm sodann die Erlöse um eine zum Voraus verabredete Summe überlassen soll.

D. Red.

IV.

Eine während der Dauer des Prozesses erst eingetretene Resolutivbedingung begründet für die Appellationsinstanz eine neue Einrede.

Urtheil mit Gründen.

J. S.

Protas Wetzel ꝛc. gegen Gervas Heedt ꝛc. wird ꝛc. zu Recht erkannt:

Das Erkenntniß des Amts Breisach vom 28. April 1838, besagend

Beklagter sei schuldig, dem Kläger für Verpflegung vom 7. Juni bis 12. August 1837 für jeden Tag 3 fl. nebst Zins vom Tag der Klage zu zahlen, unter Verfällung in die Kosten,

sei dahin abgeändert

Kläger sei mit seiner Klage auf Zahlung gedachten Kostgeldes abzuweisen und habe die Kosten der ersten Instanz, Beklagter aber die der zweiten Instanz zu tragen.

Teefurt.

Entscheidungsgründe.

J. S.

des Protas Wetzel zu Altbreisach gegen Gervas Herdt und dessen Erben allda,

Vertragserfüllung betreffend.

Es ist unter den Theilen unbestritten, daß zwischen dem kranken Gervas Herdt und Protas Wetzel am 23. Juli 1837 ein Vertrag zu Stande kam, in welchem der erste unter dem Bemerken, daß er schon seit dem 7. Juni krank in Verpflegung des Wetzel sei, demselben versprach, für die bereits erhaltene und die zukünftige Verpflegung, ausschließlich der Kosten für Arzt und Apotheke, täglich 3 fl. zu zahlen.

Am Schlusse dieser Uebereinkunft wird gesagt, dieselbe solle nur für den Fall ihre Gültigkeit haben, wenn entweder

1) Gervas Heedt sein am 15. Juli errichtetes Testament widerrufe, oder
2) von seiner Krankheit wieder genese, oder aber
3) aus der Verpflegung des Protas Wetzel austrete.

Der letzte dieser Fälle trat ein, und daraufhin erhob Protas Wetzel, gestützt auf jenen Vertrag und die Thatsache, daß 66 Tage lang die Verpflegung dem Herdt geleistet worden sei, gegen denselben Klage auf Zahlung von 198 fl.

Der Beklagte erhob die Einrede des Zwangs und des Betrugs, ohne solche jedoch gehörig thatsächlich zu begründen, er schützte ferner vor, daß er wegen Geistesschwäche entmündigt sei, und der Grund dieser Entmündigung schon zur Zeit des Vertragsschlusses offenkundig vorhanden gewesen.

Der Unterrichter legte den Beweis dieser Einrede durch Zwischenbescheid auf, und als beim Ablauf des Beweistermins Namens des bis zu jenem Zeitpunkt als Pfleger des Beklagten in den Verhandlungen erschienenen Bäckermeisters Dominik Kunle der Anwalt des Beklagten, Rechtspraktikant Birkenmaier die Erklärung abgab, daß Beklagter inzwischen gestorben, daß Kunle dessen Rechtsnachfolger sei, und daß Beklagter Herdt nie entmündigt worden sei, so ertheilte das Amt das Endurtheil vom 28. April 1838, welches den Beklagten zur Zahlung des Geforderten verurtheilte,

Digitized by Google

und verkündete dieses Urtheil außer dem Kläger und dem Kunle auch den Intestaterben des Beklagten.

Durch einen nun zwischen Kunle und den gedachten Intestaterben über die Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments, auf welches jener seine passive Legitimation stützte, erhobenen Streit wurde ein nachher in Rechtskraft erwachsenes amtliches Erkenntniß vom 20. April 1839 herbeigeführet, welches das Begehren des

Kunle auf Gültigerklärung des von ihm producirten eigenhändigen Testaments des Gervas Herdt vom 7. October 1837 und Verurtheilung der Intestaterben zu Ausfetzung der Verlassenschaft

abwies.

Gestützt auf dieses Erkenntniß nun legitimirten sich die Appellanten in gegenwärtiger Instanz jeder Sache, traten in der Beschwerdeschrift den ihren Erblasser vom Unterrichter auferlegten Beweis über die Vertragsunfähigkeit desselben wegen Geistesschwäche an, und trugen zugleich vor:

Der Beklagte sei, nach dem dieser Beschwerdeschrift im Original angelegten Testament des Gervas Herdt vom 15. Juli 1837 für das, was er dem Herdt geleistet habe, schon mehr als doppelt entschädigt ꝛc.

In der öffentlichen letzten Willensurkunde heiße es nämlich:

Ich vermache auf mein Ableben dem Protas Wetzel dahier, als Erkenntlichkeit für den mir während meiner Krankheit geleisteten Dienste zu einem unentgeldlichen Eigenthum Ein Jauchert Acker am Ihringer Brünnle neben Gerwas Wohnle und schenke ihm nebstdem die mir schuldigen 50 fl.

Der angebliche Vertrag und das erwähnte Testament können nicht nebeneinander geltend gemacht werden, und Kläger werde die größere Summe der kleinern vorziehen, nur wenn er auf die Vortheile des Testaments verzichte, könne er noch den angeblichen Verpflegungsvertrag geltend machen.

In der darauf erhobenen Appellationsvernehmlassung erklärte der Anwalt des Klägers Appellaten §. 3.

Ich nehme das Geständniß der Intestaterben, daß mein Gewaltgeber berechtigt sei, das Vermächtniß im letzten Willen des Gervas Herdt vom 15. Juli 1837 anzusprechen, wenn er auf das, was ihm im Vertrag vom 23. Juli 1837 zugesagt wurde, verzichte, an.

In einer spätern Eingabe vom 12. August 1840 sagt derselbe nachträglich, er sei beauftragt zu erklären, daß sein Gewaltgeber bereit sei, den jetzt in Frage stehenden Anspruch für Verpflegung des Erblassers aufzugeben und jenen aus dem letzten Willen des Gervas Herdt an dessen Stelle zu setzen. —

Wenn nun hierauf Vergleichsunterhandlungen eingeleitet wurden, bei welchen zuerst die Beklagten erklärten, sie wollen dem Kläger unter der Bedingung, daß er auf das Legat verzichte, das verlangte Kostgeld mit 3 fl. täglich zahlen, nachher aber der Kläger darauf bestand, daß ihm beides, Legat und Kostgeld gebühre, so kann zwar aus diesen gegenseitigen Ansprüchen und Zugeständnissen ein wirklich zu Stande gekommener Vergleich nicht abgeleitet werden; unstreitig enthält aber der eben mitgetheilte Inhalt der Appellationsbeschwerdeschrift den thatsächlichen Vortrag einer neuen auf das unwiderrufene Bestehen des Testaments vom 15. Juli 1837 gegründeten Einrede, und die darauf gefolgte Erklärung des Appellaten in der Appellationsvernehmlassung und in der spätern Eingabe vom 12. August 1840, wenn solche aber mitgetheilt wurde, enthält eben so unzweifelhaft das Zugeständniß der Thatsache, daß gedachtes Testament unwiderrufen und unangefochten vorliege.

An dem Beweis dieser neuen Einrede ist deshalb nicht zu zweifeln, sie ist aber auch geeignet, die Klage auf Zahlung des Kostgeldes zu elidiren.

Das Testament wurde, wie sein Datum zeigt, und auch schon durch den Inhalt des vom Kläger producirten Vertrags gegen diesen bewiesen ist, neun Tage früher als dieser Vertrag errichtet, und die Bestimmungen des letztern lassen keinen Zweifel über die gemeinschaftliche Absicht der Kontrahenten, daß der Verpfleger die Entschädigung für seine Leistungen nur einmal, nämlich entweder durch das Legat, oder durch das stipulirte Kostgeld erhalten solle.

In dem Vertrag wurden nicht alle denkbaren Fälle auf unzweideutige und direkte Weise entschieden, auch scheint es, daß alle drei Bedingungen, wie sie oben aufgeführt wurden, in aufschwebender Form gesetzt seien; hinsichtlich der beiden letzten ist dieses auch gar nicht zweifelhaft, die Klagbarkeit des Vertrags sollte so lange hinausgeschoben sein, bis entweder der Pflegling von seiner Krankheit genesen, der ohne genesen zu sein aus der Verpflegung des Klägers ausgetreten war.

Anders verhält es sich mit der ersten Bedingung, ihr Eintritt konnte möglicher Weise erst mit dem Tod des Herdt gewiß werden, wenn daher die gemeinsame Absicht der Kontrahenten gewesen wäre, diese Bedingung als aufschiebende zu verabreden, so hätte bestimmt werden müssen, daß zur Klagbarkeit des vertragsmäßigen Kostgeldes neben der Bedingung 2 oder 3 auch die Bedingung 1 vorhanden, d. h. das Testament widerrufen sein müsse; da aber dies nicht geschah, vielmehr in der ersten Bedingung die Verbindlichkeit des Vertrags schlechthin davon abhängig gemacht wurde, daß das Testament widerrufen werde, ohne Unterschied, ob die Bedingungen 2 und 3 eingetreten seien oder nicht, so war eben damit auch bestimmt, daß für den nicht besonders ausgedrückten Fall, wenn durch Eintritt einer der beiden letztern Bedingungen die Verbindlichkeit klagbar geworden wäre, und nachher noch der Pflegling in dem unwiderrufenen Testament dem Verpfleger das Legat hinterlassen sollte, die Vertragsverbindlichkeit aufgelöst sei, oder mindestens sofern sie noch unerfüllt sei, nicht weiter zum Vollzug kommen solle.

Wollte man aber auch die Bedingung 1 als eine auflösende nicht ansehen, so war durch die Nebeneinanderstellung der drei Bedingungen ein Vertrag, für den Gervas Heedt eine Wahlverbindlichkeit in der Weise bestimmt, daß es, wenn er ohne das vertragsmäßige Kostgeld, welches er durch den Eintritt der Bedingung 2 oder 3 schuldig wurde, bezahlt zu haben, starb; von seiner Willkühr abhing, ob er anstatt dessen das Legat dem Kläger überlassen wollte; diese Wahl gebührte ihm, sofern er nicht vorher freiwillig oder in Folge richterlichen Zwanges die andere der Kostgeldzahlung getroffen hatte (Landrechtssatz 1189). Krimes von Bridem war aber der Fall, vielmehr bestritt er bis zu seinem Tod beharrlich seine Verbindlichkeit, Kostgeld zu zahlen, und starb vor ergangenem amtlichem Urtheil, ohne das Testament wiederrufen zu haben, hat also damit jedenfalls rechtzeitig die ihm zustehende Wahl getroffen.

Die Kostenbestimmung beruht auf PO §. 1222. Trefurt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe den 19. Juni 1841.

I.

Ein Criminalfall, als Beitrag zur Lehre über den Begriff des Verbrechens der Feilschaft falscher Münzen.

Es cursiren in jetziger Zeit viele falsche Geldsorten und Geldstücke, und es ist nicht selten, daß gerichtliche Untersuchungen gegen Personen eingeleitet werden, welche falsche Geldstücke ausgeben, und da dieses Ausgeben falscher Geldstücke, oder eines einzigen allein von den Aemtern gewöhnlich als Feilschaft falscher Münzen angesehen und behandelt, und somit die Untersuchung gewöhnlich mit der Strenge, und mit den für den Inculpaten verbundenen Nachtheilen geführt wird, welche nur bei schwereren Verbrechen gerechtfertigt werden können, so mag folgender Fall, der zur Aburtheilung des Großherzoglichen Oberhofgerichts kam, hauptsächlich darum einiges Interesse gewähren, weil in den Entscheidungsgründen zum Oberhofgerichtlichen Urtheil der Begriff des fraglichen Verbrechens erläutert und festgestellt worden ist.

Der Fall ist nämlich folgender:

Der Inculpat war einige Tage vor dem 3. April 1840 in dem Fehrenbachschen Bierhaus zu Neustadt. Daselbst war ebenfalls ein Schmiedsgeselle F. J. D. von dort. Derselbe hatte dem Bierwirth seine Zeche mit einem Thaler bezahlt, den er selbst für falsch hielt, auf welchen aber der Bierwirth ihm die Münze nach Abzug seiner Zeche herausgab. Der Schmiedgeselle ging aber wieder zum Bierwirth in die Nebenstube, bemerkte selbst, daß er ihm einen falschen Thaler gegeben, stellte ihm die erhaltene Münze wieder zurück, und bezahlte seine Zeche.

Da kam der Inculpat ebenfalls dazu, und wie er hörte, wovon die Rede sei, sagte er zu dem Schmiedgesellen, er solle ihm den Thaler geben, er wolle ihn schon ausbringen, morgen sei Markt, da werde er einen Rock kaufen, und der Thaler müsse mit dem andern mitlaufen.

Der Schmiedgeselle gab ihm den Thaler, und äußerte dabei, wie er angab aus Spaß, er zahle ihm eine Maaß Bier, wenn er den Thaler ausbringe.

Den andern Tag war Markt, aber der Inculpat hat seinen falschen Thaler, weil er noch einige andere dazu nöthig gehabt, die er aber zu der Zeit, wie er hoffte, nicht erhalten hatte, auf dem Markt nicht anbringen können.

Einige Tage später bekam er aber von seinem Meister einige Thaler, und mit diesen und dem falschen Thaler ging er eines Abends wieder in das Fehrenbachische Bierhaus. Er bezahlte seine Zeche mit einem Thaler, auf welchen ihm der Wirth die Münze herausgab. Den folgenden Tag schickte ihm aber der Wirth einen falschen Thaler mit dem Verlangen zurück, der Inculpat solle ihm die gestern erhaltene Münze gegen Rücknahme des Thalers herausgeben. Derselbe that dies, bezahlte seine Zeche mit gutem Geld, und äußerte dabei, es sei ihm leid, daß er dem Wirth den falschen Thaler gegeben habe, er hätte ihn nicht betrügen wollen.

Kurze Zeit darauf, nämlich am 5. April v. J. ging der Recurrent Abends gegen 6 Uhr in einen Kaufladen und forderte ein Päckchen Tabak, das er gegen Auswechslung mit dem Thaler bezahlte, den er für den hielt, welchen ihm der Schmiedgeselle gegeben hatte, und den er selbst für falsch ansah.

Der Lehrknabe im Laden gab ihm den Tabak, die Frau vom Hause besah vorerst den Thaler und zahlte ihm die Münze dafür heraus. Richtig ist auch, daß Recurrent auf Befragen der Frau des Hauses fälschlich angab, er arbeite bei Schlosser N. dahier, in der Absicht, damit allenfallsigen Nachforschungen zu entgehen.

Nun will der Herr des Ladens den Abend, bevor er ausgegangen, die Kasse untersucht und darin keinen falschen Thaler, den andern Morgen aber bei nochmaliger Prüfung des Geldes in der Kasse, den falschen Thaler gefunden haben, den er sodann einem Gendarmen, dem er Anzeige von diesem Vorfalle gemacht hatte, einhändigte. Der Inculpat wurde aber ausgekundschaftet, und mit dem falschen Thaler dem Amte überliefert.

Digitized by Google

Das Amt schickte die Akten nach gepflogener Untersuchung an das Großherzogliche Hofgericht des Seekreises, von welchem sodann nachstehendes Urtheil erfolgte:

Wird auf amtspflichtigrs Verhör zu Recht erkannt:

Der Schmiedgeselle Johann Bauer von Steinheim sei der ihm angeschuldigten Feilschaft falscher Münzrn für schuldig zu erklären, und hierwegen zu einer zweijährigen gemeinrn Zuchthausstrafe, zum Ersatz des zugefügtrn Schadens, in so fern dies noch nicht geschehen, so wie zur Tragung der Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilrn, sofort nach erstandener Strafe der Großherzoglichen Badischen Lande zu verweisen.

Entscheidungsgründe.

Der Schmiedgesrlle Johannes Bauer von Steinheim, in Diensten des Schmirdes N. zu Neustadt, ist grrichtlich geständig, am 1. April d. J. in der Abenddämmerung in dem Kaufladen des Handelsmanns N. daselbst einen Kronenthaler, drssrn Unächtheit ihm bekannt gewesen, beim Ankauf eines Päckchens Tabak ausgegeben, und das hierauf ausgewrchselte Geld ringenommen zu haben, und es wird dieses Geständniß durch die beschwornen Aussagen der Nschen Ehefrau und des Ladenjungen, in Verbindung mit der Aussage des Handelsmannes und des Schmiedgrsellen F. J. D., welcher dem Inculpaten auf dessen Anstehen den fraglichen Thaler gegeben hat, und in allen seinen Theilen unterstützt; es hat der letztgenannte Zeuge aber auch noch ferner angegeben, der Angeschuldigte, über die Unächtheit des Thalers von ihm belehrt, habe geantwortet, er solle ihm denselben nur geben, morgen sei Markt, und wolle er sich einen Rock kaufen, wobei dieser Thaler mit den übrigen Thalern gehen könne. Aus dieser von dem Angeschuldigten ebenmäßig geständigten Aeußerung, so wie aus dem Umstande, daß er das Geldstück in der Dämmerung ausgab, und auf Befragen der Nschen Ehefrau unwahr aussagte, er stehe bei Schlosser N. in Diensten, geht der böse Vorsatz des Inculpaten unzweifelhaft hervor, und er hat durch diese Handlungsweise, da einr Verbindung mit dem Verfertiger der falschen Münze nicht erwiesen, wohl aber nach allen Umständen der That, und der vorliegrnden Beweisgründen als gewiß anzunehmen ist, daß rr die fragliche Münze des Gewinns halber verschafft, und sodann wissentlich und eigennützigerweise ausgegrben hat, sich des Verbrechens der Feilschaft falscher Münze schuldig gemacht, und es mußte, da alle diese im §. 47 Lit. l. des Strafedikts vorgesehene Merkmale des genannten Münzverbrechens vorliegen, ohne Rücksicht darauf, daß nur eine einzige Münze ausgegeben wurde, indem das im Gesetz grbrauchte Wort „Münze", weil es ohne Beifügung eines die Mehrzahl bezrichnenden Artikels oder Beiworts gesetzt ist, nach dem deutschen Sprachgebrauche nicht eine Mehrhrit, sondern nur eine Gattung bezeichnet, auch das Gesetz die Abstufungen der Strafe nicht nach der Zahl der ausgegebenen Münzen, sondern lediglich nach dem Betrage des angerichteten Schadens bestimmt, und in Betracht, daß der angerichtete Schaden untrr der Hälfte einer halben Mark Silbers geblieben ist, nach §. 47 Lit. l. des Strafedikts, und wegrn den Kosten und Entschädigungspflicht des Inculpaten nach §. 19 des Strafedikts und nach §. 28 wie geschehen erkannt, auch gegen denselben nach §. 33 des Strafedikts die Landesverweisung ausgesprochen werden.

Gegen dieses Urtheil, gegen welches auch der Staatsanwalt brim Großherzoglichen Hofgericht des Seekreises der Rekurs für den Fall angezeigt hatte, daß Inculpat denselben nicht ausführen sollte, wurde vom Inculpaten bei der Eröffnung der Rekurs angezeigt, und der Unterzeichnete sodann vom Großherzoglichen Hofgericht des Seekreises als Offizialanwalt aufgestellt.

Die vom Letztern eingereichte Vertheidigungsschrift gründete sich darauf:

1) Daß die vorliegende Thatsache gar nicht unter den gesetzlichen Begriff des Verbrechens der Feilschaft falscher Münzen falle, weil zu denselben dem Wortlaute, dem Sinn und der Absicht des Gesetzes nach wenigstens eine Mehrheit falscher Münzen erfordert werde, und daß somit hier blos ein kleiner Betrug begangen worden sei.

2) Daß, wenn auch der erzählte Fall wirklich unter die gesrtzliche Brstimmung Art. 47 Lit. l. des Strafediktes fiele, der Beweis einiger wesentlicher Merkmale, die zum Thatbestand des Verbrechens gehören, nicht hergestellt sei, nämlich der Beweis darüber, daß der Thaler, den drr Inculpat von dem Schmiedgesellen erhalten hatte, wirklich falsch war, und daß Inculpat wußte, daß er falsch war. Sodann

3) daß gleichfalls der Beweis über die Identität des Thalers, den Inculpat für falsch ausgab, mit dem, welcher dem Großherzoglichen Bezirksamt als der, von ihm, dem Inculpaten, ausgegebenen, überliefert wurde, ermangle.

In Folge dieser Rekursausführung erließ nun das Großherzogliche Obrrhofgericht nachstehendes Urtheil:

Urtheil.

J. A. S.

gegen den Schmiedgesellen Johann Baur von Steinheim Rekurrenten, wegen

Verbreitung falschen Geldes.

Wird auf den von dem Angeschuldigten gegen das Strafurtheil des Großherzoglichen Hofgerichts des Seekreises vom 7. September l. J. Nr. 6921 dahin lautend ꝛc. ꝛc. anher ergriffene Rekurs abändernd zu Recht erkannt:

es seie kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntnisses vorhanden, und die Abwandlung der Sache dem Großherzoglichen Bezirksamte zu überlassen.

V. R. W.

Digitized by Google

Dessen zur Urkunde ist dieses Urtheil nach Verordnung Großherzoglich Badischen Oberhofgerichts ausgefertigt, und mit dem größeen Gerichtsinsiegel versehen woeden.

So geschehen. Mannheim den 9. Dezembee 1840.

Großherzoglich Badisches Oberhofgericht.

Entscheidungsgeünde.

In Erwägung, daß Rekurrent beschuldigt ist, daß er sich von F. J. D. einen falschen Kronenthaler zu dem Zweck verschaffte, und solchen in Verbindung mit andeem Gelde beim Ankauf eines Rocks dem Verkäufer an Zahlungsstatt zu geben, und daß er nochmals diesen falschen Thaler mit dem Bewußtsein, daß er falsch sei, dem Lehrjungen des Handelsmann N. zu Neustadt für gekauften Tabak zum Auswechseln hingegeben, nad nach Abzug des Kaufpreises per 5 Kreuzer die ausgewechselte Münze im Betrage von 2 fl. 37 kr. in Empfang genommen habe.

In Erwägung, daß diese Handlung bloß als ein Betrug sich darstellt, keineswegs aber unter den im Artikel 47. Lit. l. des Strafedikts aufgestellten Begriff des Verbrechens dee Münzfeilschaft fällt.

In Erwägung nämlich, daß schon aus der grammatikalischen Bedeutung dee Worte „Feilschaft" oder „Verparthierung", welcher sich das erwähnte Gesetz zur Bestimmung dieses Verbeechens bedient, hervoegeht, daß der Gesetzgebee nur eine gewerbsmäßige Verbreitung, oder doch wenigstens das Ausgeben einer Mehezahl von falschen Münzen im Auge hatte, und nicht auch den Fall unter die Bestimmung des Gesetzes ziehen wollte, wo es sich bloß um das Anschaffen und Auswechseln eines einzigen falschen Geldstücks handelt.

In Erwägung, daß diese Wortfassung in Bezug auf die Bezeichnung des Verbeechens auch vollkommen mit den diesfallsigen Bestimmungen des Art. III. der P.H.G.-Ordnung dahin lautend:

> oder dieselbiger Fälschung aufwechselt, oder sonst zu sich bringt, und wiederum gewerbliche boßhaftiglich den Nächsten zum Nachtheil wissentlich ausgiebt.

im Einklang steht, so daß also mit Grund anzunehmen ist, daß unser Strafedikt in keinee Weise, zumal abee nicht im Sinne einer größern Strenge an dem Begriffe, wie ihn hieenach die Peinliche Gerichtsoednung festgestellt, und wie er sich an der Praxis gebildet hat, eine Aendeeung zu statuiren beabsichtige.

In Erwägung, daß aber, was die Auslegung des Art. III. der P.H.G.-Ordnung betrifft, nach der gemeinrechtlichen Praxis und nach der Meinung der meisten deutschen Criminalrechtslehrer (Martin, deutsches Criminalrecht, Heffter und Andere), die Gewerbsmäßigkeit zum Begriffe der Münzfeilschaft erfordert wird.

In Erwägung, daß diese Auslegung auch dem Geiste des Gesetzes insofern angemessen ist, als überhaupt bei den Münzvergehen die Gemeingefährlichkeit der That den Gesichtspunkt dee Strafbarkeit bestimmt, eine solche Gemeingefährlichkeit aber nur angenommen werden kann, wo es sich entweder um ein gewerbsmäßiges Verbreiten falschen Geldes handelt, oder wo eine solche Mehrheit desselben in Cirkulation gesetzt wird, daß wirklich eine Gefahr von irgend einiger Bedeutung füe das Publikum dadurch begründet wird, was übeigens beim Ausgeben einer einzigen Münze nicht wohl der Fall sein kann.

In Erwägung, daß es also der bisherigen Ausführung zufolge der Handlung des Rekuerenten an den gesetzlichen Erfordernissen des Thatbestandes der Münzfeilschaft fehlt.

Aus diesen Gründen ist seine Beschwerde gegen das hofgerichtliche Erkenntniß für gegründet zu erachten, und es müsse daher, wie geschehen, abändernd erkannt werden.

Toerent.

II.

Art. 95 des Handelsrechts.

Wer den Art. 95 unseees Handelsecchts mit dem Art. 95 des code de commerce vergleicht, wird ganz auffallende Abweichungen der Uebeesetzung bemerken. Der französische Text ist leicht verständlich; der Art. 95 steht dort in geradem Zusammenhang mit den Art. 93 und 94. Er enthält eine Beschränkung des hier gegebenen Voreechts: Nämlich die Aet. 93 nad 94 bewilligen dem Kommissionär ein Voezugsrecht auf die an ihn gehändeten Waaren füe seine darauf gemachten Vorschüsse, Zinsen und Kosten. Nach Art 95 soll dieses Vorzugsrecht nicht statifinden auf Waaeen, welche eine an dem Wohnorte des Kommissionärs wohnende Person bei ihm hinterlegt, oder ihm zum Veekaufe übeegeben hat, (sur des marchandises, deposées ou consignées par un individu, résidant dans le lieu du domicile du commissionaire,) es sei denn, daß ein Faustpfandvertrag, gemäß den Vorschriften des Civilrechts errichtet worden ist. Die Uebersetzung in unserem Handelsrecht ist der Art, daß man ohne Hülfe des französischen Textes gar keinen Sinn darin finden kann. Und Brauers Erläuterungen IV. Band pag. 424 machen die Verwierung noch gößer. Absichtlich weicht die Uebersetzung nicht von dem Texte ab. Es scheint daher ein Mißverstehen des Textes der Grund der Abweichung zu sein. Zwei Irrthümer hat sich Brauee dabei zu Schulden kommen lassen. Einmal hat er die Worte

> marchandises consignées

mit den Worten: in Beschlag genommene Waaren übersetzt, während darunter die eigentlichen Kommissionsgütee, d. h. Waaren, die Jemanden behufs des zu besorgenden Verkaufs anvertraut sind, (häufig auch „in Consignation

Digitized by Google

gegebene Waaren“ genannt) verstanden werden. Siehe *Devilleneuve* Dictionaire du droi commercial. „Consignation.“ Dann hat er die Woete

par un individu résidant dans le lieu ....

mit den Worten

auf Verlangen einer an dem Wohnorte des Kaufbesorgers sich aufhaltenden Peeson

wiedergegeben, während réside nicht blos „einen vorübeegehenden Aufenthalt nehmen,“ sondern „wohnen“ bedeutet, und „par“ nue duech unser Deutsches „von“ wieder gegeben werden konnte. Siehe Broicher und Grimm, Handelsgesetzbuch der Rheinprovinz, ad art. 95.

Nach unserem jetzigen Text müßte man glauben, der Art. 95 spreche von drei Peesonen, nämlich vom Eigenthümer, dem Kommissionär, und demjenigen, auf dessen Verlangen die Hinterlegung odee die Beschlagnahme geschah. Man begreift nicht, welchen Unterschied es macht, ob diese letztere an dem Orte anwesend ist (sich aufhält) oder nicht; waeum in dem einen Fall der Kommissionär ein Vorzugsecht hat, in dem anderen nicht; noch weniger, warum der Kommissionär sein Vorzugsrecht dadurch, daß ein anderer Beschlag auf die Waaren legt, verlieren soll?

Dagegen begreift man die Vorschrift des französischen Gesetzes sehr wohl. Man wollte verhüten, daß ein dem Kommissionär gegebenes Vorzugsrecht von böswilligen Schuldnern zur Benachtheiligung der Gläubiger mißbraucht werde. Der Schuldner soll nicht Jemanden ein Vorzugsrecht dadurch verschaffen können, daß er ihm (scheinbar) die Waaren zur Besorgung des Verkaufs übergibt, und darauf Vorschüsse erhalten zu haben bekennt. Das Gesetz präsumirt einen solchen Schein, wenn beide Personen (Eigenthümer und Kommissionär) an demselben Orte wohnen, weil unter solchen Personen leichter dergleichen betrügerische Abreden gewonnen weeden können. Wohnen Beide an verschiedenen Orten, so gilt das Vorzugsrecht vorbehaltlich des Beweises, einer betrügerischen Absprache.

Vergl. *Paillet*. Manuel de droit civil ad art 95.

Pardessus. Curs de droit commercial Nr. 1203.

Locré. Esprit de code de commeroe ad art. 95.

Können wir aber den französischen Text, trotz der sinnentstellenden Uebersetzung zur Anwendung bringen? Diese Frage wurde in folgendem Fall bejaht:

Ein Stärke- und Puderfabrikant in Mannheim hatte bei einem Kaufmanne daselbst ein Kommissionslager errichtet, und bedeutende Voeschüsse darauf erhalten. Der Kommissionär mußte aber später dieses Lager unerachtet des angesprochenen Vorzugsrecht herausgeben. Diese Entscheidung kann nach Badischem Rechte nicht gerechtfeetigt werden, da das in Art. 93 und 94 gegebene Vorzugsrecht durch Art. 95 nicht auf dieselbe Weise, wie in dem Urtext, beschränkt wird, bei uns aber dieser Urtext nur zur Erläuterung, nicht zur Abänderung des Landrechts benutzt werden kann. Ein ähnlicher, jedoch nicht zur richterlichen Contestation gekommener Fall ist dieser: Ein Handelsmann in Mannheim hatte in der Gant eines anderen daselbst wohnenden Kaufmanns verschiedene, von diesem indossirte, jedoch wegen Mangel an Zahlung protestirte Wechsel liquidirt, und für den Betrag ein Vorzugsrecht auf die ihm vom Gantmann zur Besorgung des Verkaufs übergebenen Waaren angesprochen, indem er behauptete, daß die für die Wechsel gegebene Summe als Voeschuß auf jene Waaren gegeben worden sei. Das angesprochene Vorzugsrecht wurde nicht bestritten.

Dr. Ladenburg.

III.

Mordversuch mit Störung des öffentlichen Gottesdienstes.

Das großherzogl. Hofgericht des Unterrheinkreises erließ unterm 20. Dezember 1839 folgendes

Uetheil.

„Es sei Anton Reinhardt von Mosbach des unter dem erschwerenden Umstande der Stöeung des öffentlichen Gottesdienstes verübten Versuchs, der vorsätzlichen und muthwilligen Tödtung des Pfareees Volz, zu St. Leon, für schuldig zu erkennen, und deshalb zu einer in Mannheim zu erstehenden Zuchthausstrafe von 12 Jahren, so wie zur Ertragung sämmtlicher Kur- Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilen.“

Entscheidungsgründe.

Am Deinstag den 19. Febr. d. J. war die Gemeinde von St. Leon bei dem Frühgottesdienste in der Kirche versammelt, und die Kommunion des Priesters kaum vorüber, als ein Mann den mittleren Gang der Kirche durchschritt, sich auf die linke Seite des Altars stellte, den die Messe haltenden Geistlichen, den 68 Jahre alten katholischen Pfarrer Volz, einige Sekunden lang betrachtete, und darauf plötzlich die Altarstufen erstieg und mit einem in dee rechten Hand geschwungenen Beile drei Streiche auf das Haupt des Geistlichen führte, worauf dieser den Angeeifer packte, und beide über die Stufen ringend zu Boden fielen. *) Selbst auf dem Boden noch hielt der Thätee das Beil fest, bis ihm solches durch herbeieilende Männer entrissen, und Pfarrer Volz von seinem Angreifer, dem Inkulpaten, der sofort als der Schwager des Pfarrers erkannt ward, befreit, und nach Hause geführt wurde, während man sich des Thäters versicherte, und ihn an das Amt ablieferte. Auf dem Kopfe des Pfarrers zeigten sich bei der alsbald stattgehabten Legalinspektion, drei bis

*) Beim Anblick dieser Laokon'schen Scene wollen einige Augenzeugen den Anton Reingardt füe den Teufel in eigener Person gehalten haben. D. E.

Digitized by Google

auf die Calca aponeurotica eindringende gequetschte Verletzungen, welche die Gerichtsärzte übereinstimmend als durch die Einwirkung eines stumpfen Werkzeugs hervorgebracht, und als der Kunsthilfe zu ihrer Heilung bedürfend, jedoch nach Verlauf kurzer Zeit — ohne Rücklassung bleibenden Nachtheils, vollkommen geheilt erklärten.

Dieser Sachverhalt ist nicht nur von dem Inkulpaten selbst unumwunden zugestanden, sondern auch von 7 glaubwürdigen, beeidigten Zeugen bestätigt, und dadurch und in Beachtung der nachfolgenden Momente ob- und subjektiv das Vorhandensein zweier, ideal mit einander konkurrirender Verbrechen erstellt, jenes eines Tödtungsversuchs nämlich, und das der gewaltsamen Störung des öffentlichen Gottesdienstes. Es ist zwar in Bezug auf das erstere dieser Verbrechen von dem Inkulpaten eine bestimmte Abschrift der Herbeiführung des Todes des Vulneraten in Abrede gestellt; allein es sprechen für unbedingte Annahme einer solchen folgende Thatsachen: †)

a) Inkulpat selbst setzt den Grund seiner Handlungsweise gegen seinen Schwager — dem er lediglich nur ein Leid zufügen gewollt zu haben zugibt, — in einen tödtlichen Haß gegen denselben, in das Verlangen nach Rache dafür, daß Vulnerat einen beträchtlichen Theil des im Besitze des Inkulpaten befindlichen Vermögens, als ihm von den Eltern her gebührendes Eigenthum, daß er schon seit vielen Jahren seiner Schwester zum Genusse überlassen hatte, im Wege gerichtlicher Klage beitrieb, und dadurch der „Störer" des Hausfriedens wie des Wohlstandes des Inkulpaten wurde, — wie ihn dieser selbst bezeichnete, so wie, weil sich Inkulpat dadurch verletzt fühlte, daß Vulnerat seine Befriedigung selbst durch Vollstreckungshandlungen zu erzielen suchte, wodurch sich Inkulpat vor seinen Mitbürgern als einen „Ausgeschätzten," d. i. einen Mann, dessen Güter öffentlicher Steigerung ausgesetzt wurden, hingestellt sah. Eigennutz und gekränkter Stolz erscheinen hiernach als entfernter, daraus entstandener Haß und Rachelust als nächster Grund der That, Motive, die jede Nebenrücksicht übersehen, nur Entgeltung erlitten, oder vermeintlich erduldeten Unrechts herbei wünschen lassen.

b) In der Absicht, den Vulneraten von weiterer gerichtlicher Verfolgung abzuschrecken, stieß Inkulpat schon zu Ende des vorigen Jahres in Gegenwart mehrerer Personen (es sind deren fünf) die Drohung der Ermordung des Pfarrers mit dem Beile am Altar, aus für den Fall, daß er mit seinen Klagen nicht aufhöre, und schrieb selbst eine Drohung unterm 24. Novemb. v. J. an den Bürgermeister zu St. Leon, mit dem festen Vorsatze, — wie dies Inkulpat zur Frage 24 ausdrücklich zugesteht, — diesen Drohungen Folge zu geben, wenn solche den gewünschten Erfolg nicht haben sollten.

c) Dieser Erfolg trat nicht ein, die Güter des Inkulpaten wurden der Versteigerung, kurze Zeit vor Verübung der That, ausgesetzt und endgültig zugeschlagen, und jetzt auch stand in bekanntermaßen der Entschluß des Inkulpaten fest, Rache zu üben.

d) In vollkommner Uebereinstimmung mit der früheren Drohung, bereitete sich Inkulpat zur Ausübung derselben vor, indem er ein Beil zur bequemeren *) Verwahrung in der Rocktasche zurichtete, eine Reise in das Hanfland zum Zwecke des Einkaufs von Hanf zur Wiederbetreibung seiner Profession als Seiler vorschützte, unter diesem Vorwande seine ungehinderte Abreise am 17. Febr. d. J. bewerkstelligte, und am 19. April gerade zu der Zeit in St. Leon anlangte, zu welcher in katholischen Orten gewöhnlich der Frühgottesdienst gehalten wird.

e) Nachdem sich Inkulpat noch versäßigt, daß die Gemeinde, in deren Gegenwart er die That zu verüben beabsichtigte, in der Kirche versammelt, und Vulnerat in Verrichtung des Amtes begriffen sei, nahm er das Beil zu sich, verfügte sich in die Kirche vor den Altar, und versetzte dem Vulneraten mit der Rückseite des Beiles drei Streiche auf den unbedeckten, kahlen Scheidel, so mit auf dem für tödtliche Verletzungen empfänglichsten Theil des menschlichen Körpers, ehe er durch die Dazwischenkunft dritter an weiterer Mißhandlung, die er — nach dem Ringen mit dem Vulneraten und dem Festhalten des Beiles zu schließen — noch beabsichtigte, gehindert wurde. **)

Wenn nun schon die bisher vorgetragenen Momente für sich, die vollständige Uebereinstimmung in Androhung, Vorbereitung und Ausführung der That, einen gegründeten Zweifel darüber, daß Inkulpat wirklich die Vollführung des schon bei der Drohung der Ermordung auf diesen gerichteten Entschlusses beabsichtiget habe, nicht aufkommen lassen, so ist ferner

f) diese Absicht selbst zur juristisch erforderlichen Gewißheit erstellt, theils durch das dem Inkulpaten zu Theil gewordene Lemmundszeugniß, — das denselben als einen Vernichter aller göttlichen und menschlichen Gesetze, als einen durch Trunk und Ausschweifung moralisch verdorbenen, einer Handlung, wie die vorliegende, sonach allerdings fähigen Menschen schildert, — theils aber durch die von dem Inkulpaten alsbald nach der That gegen die Zeugen offen ausgesprochene Absicht der Ermordung des Vulneraten, indem er auf die Versicherung, daß Vulnerat wirklich todt sei, eben so sehr seine Freude äußerte, als er über die Nachricht, daß das Leben des Pfarrers nicht bedroht sei, sein Bedauern ausdrückte.

Nach diesen der That vorhergegangenen, sie begleitenden und ihr nachgefolgten Aeußerungen und Handlungen stellt sich hiermit die That des Inkulpaten nach Ansicht §. 71 lit. c, und Anh. §. 66 des Strafedikts als versuchte, vorsätzliche und muthwillige Tödtung oder als Mordversuch der, wie das gemeine Recht diese Handlung bezeichnet, die überdieß dem Inkulpaten, nach Maasgabe seiner physischen wie moralischen Thätigkeit, bei Verübung derselben als begonnene verhinderte, mit Vorbedacht und gelegenheitlich unternommene Handlung zur Last fällt. Anh. die §§ 88 und 89 zum Strafedikt.

Von Seiten des Vertheidigers wurde auf den Grund einer angeblichen Geisteskrankheit des Inkulpaten, die

†) Nach §. 71 lit. c des Strafedikts, kann bekanntlich die Absicht zu tödten aus vorausgegangenen, begleitenden oder nachgefolgten Aeußerungen oder Handlungen des Thäters erwiesen werden. D. E.

*) Inkulpat schnitt nämlich einen Theil des Halms oder Stiels ab, damit solcher nicht aus der Tasche hervorragen konnte. D. E.

**) Die Bestürzung war so groß, daß es mehrere Minuten dauerte, bis etliche Männer den Muth faßten, sich des vermeintlichen Satans zu bemächtigen und dem Verwundeten beizustehen. D. E.

Digitized by Google

Möglichkeit der freien Selbstbestimmung seiner Handlungsweise bestritten, und als Beleg für das Vorhandensein eines solchen Zustandes nicht nur das unmotivirte Urtheil einzelner Personen, daß ihnen Inkulpat wie ein Verrückter vorgekommen; sondern auch einzelne Thatsachen angeführt, die das Gepräge der Verrücktheit an sich tragen sollten, und als solche insbesondere nahmhaft gemacht: 1) das Tragen eines langen Bartes; 2) keiner, oder auffallender Kleidung; 3) das Abrichten und Mitführen eines jungen Schweines; 4) das Errichten eines Altars um bedeutende Kosten und das Erscheinen in Hanswurstentracht bei dessen Einweihung; 5) die Eidesverweigerung bei Amt; 6) das Zerschlagen der Möbels und Abhauen von Obstbäumen; 7) ein Anfall von Geistesverwirrung im Jahr 1829, und endlich 8) die Annahme einer erblichen Anlage zum Wahnsinn auf den Grund mehrerer Fälle von Blödsinn bei Verwandten mütterlicher Seite. Der unmotivirte Ausspruch einer Person, jedoch über das Geistesvermögen eines Dritten, kann dem Richter, wenn er selbst urtheilen soll, keinen Maßstab für seine Beurtheilung abgeben; demselben können nur Handlungen und Thatsachen genügen, um daraus ermessen zu können, in wie fern sie der gesunden Vernunft widerstreiten, ob sie ihren Grund wirklich in einem gestörten Seelenvermögen des Handelnden haben? — Zur Annahme eines solchen sind jedoch auch die von Seiten des Inkulpaten angeführten Handlungen nicht geeignet. Sie tragen, was die ersten anbelangt, zwar sämmtlich das Gepräge des Sonderbaren, einer dem Vernünftigen nicht gewöhnlichen Handlungsweise, durchaus jedoch gerade nichts Vernunft widriges oder etwa eine Geisteszerrüttung darstellendes an sich. Sämmtliche diese Handlungen lassen sich vielmehr genügend aus dem Charaktee des Inkulpaten selbst erklären, wenn man die ihm ertheilten Zeugnisse betrachtet, wornach er als ein aufbrausender, dem Trunk ergebener und namentlich im Zustande der Trunkenheit jähzorniger Mann geschildert wird, dem kein Gesetz heilig, und der nur darauf bedacht war, Aufsehen zu erregen, und seine Nichtachtung jeder gesetzlichen Vorschrift darzuthun. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die Zerschlagung der Möbels ꝛc. als eine Wirkung der Trunkenheit des Inkulpaten, alle übrigen Handlungen aber als Folgen seines Strebens, Aufsehen zu erregen, oder selbst aller Gesetze und allen Anstandes durch solche zuwiderlaufende Handlungen zu spotten.

Ergibt sich nun aus diesen, als nach dem Jahre 1829 stattgehabten, aufgeführten Thatsachen, keine Geisteskrankheit bei dem Inkulpaten, so stellt sich daraus so viel als unzweifelhaft her, daß der behauptete Anfall von Geistesverwirrung im J. 1829, — dieser auch als wahr und nicht auf Vorstellung beruhend angenommen für die spätere, der That des Inkulpaten unmittelbar vorausgegangene Zeit, auf den Geisteszustand desselben keinen bösen Einfluß äußerte, und dieses, so wie die bestimmte Versicherung des jetzigen Physikus, daß weder die Eltern noch Geschwister des Inkulpaten an einer Anlage zu Geisteskrankheiten litten, ferner das ganze Benehmen des Inkulpaten vor, während und nach der That, wornach er sich nicht als einen Geistesverwirrten, vielmehr gerade als einen Mann darstellte, der konsequent nach einem wohlüberlegten, festen Plan handelt, — endlich der auf diese Thatsachen wie auf eigene Beobachtungen gestützte, übereinstimmende Ausspruch der Gerichtsärzte: daß eine Geistesverwirrung des Inkulpaten weder vor, bei, noch nach der That als vorhanden angenommen werden könne, lassen die aufgestellte Behauptung einer Seelenkrankheit als hinfällig, und den Inkulpaten vielmehr als einen Menschen erscheinen, dem es möglich war, seine Handlungen den Gesetzen gemäs einzurichten, dessen Zurechnungsfähigkeit somit rücksichtlich der von ihm verübten gesetzwidrigen Handlung keinem Zweifel unterliegt. *) Was nun das gleichzeitig begangene Verbrechen der Störung des öffentlichen Gottesdienstes anbelangt, so lag solches nach des Inkulpaten bestimmtem Geständnisse desgleichen in seiner Absicht, obwohl nicht als Hauptzweck, sondern vielmehr als Mittel zu seinem Hauptzweck, der thätlichen Mißhandlung des Pfarrers *am Altare bei Verrichtung der heiligen Handlung und in Mitte der versammelten Kirchengemeinde*. Hiernach erscheint diese Handlung als ein das Hauptverbrechen erschwerender Umstand, der nach Ansicht des §. 71 lit. K und Anh. §. 92 zum Strafedikt eine Strafschärfung rechtfertigt, und zwar im vorliegenden Falle eine um so größere als nicht nur der Angriff gegen eine Person gerichtet war, deren Stand sie schon gegen Angriffe der Art sichern sollte, sondern Inkulpat auch eine besonders gefriedete Stätte durch seine Handlung verletzte, den Gottesdienst unterbrach und auf eine freche Weise seine Nichtachtung des Heiligen, wie der Ruhe der bürgerlichen Gesellschaft dadurch zu erkennen gab. **)

In Erwägung dieser Gründe, so wie der Festigkeit, mit welcher Inkulpat bei seinem Entschlusse beharrte, mit welcher er die That vorbereitete und jedes Hinderniß der Ausführung beseitigte, endlich in Betracht des Motivs zur That, des Hasses und einer von ihm zur Leidenschaft gesteigerten Rachsucht; — anderseits aber in Berücksichtigung des Erfolgs seiner That, der nicht gefährlichen und ohne Rücklassung bleibenden Schadens wieder geheilten Verletzung des Vulneraten; mußte zwar von der ordentlichen Strafe der vollständig vollführten That, der Todesstrafe, abgegangen, immerhin aber eine bedeutende peinliche Strafe erkannt werden ꝛc. —

Als dem Inquisiten dieses *einstimmig* gefaßte Urtheil am 31. Dez. 1839 verkündigt worden war, erklärte derselbe: „Ich verzichte auf jeden Rekurs, so wie auf Zustellung einer gedruckten Belehrung hierüber, bin mit dem hohen Erkenntniß vollkommen zufrieden, und verlange, sobald die höchste Bestätigung einlangt, in die Strafanstalt abgeliefert zu werden.“ Auf Einkunft der höchsten Bestä-

*) Ein Gerichtshof sollte niemals in den Fall kommen, über die in Zweifel gezogene Zurechnungsfähigkeit eines Angeschuldigten urtheilen zu müssen, ohne denselben vorher selbst gesehen, examinirt und beobachtet zu haben. Der Einsender hatte übrigens Gelegenheit, sich beim Besuch der Strafanstalt aus dem jeweiligen Benehmen des Inquisiten zu überzeugen, daß er nichts weniger als verrückt oder unklar im Kopfe sei. D. E.

**) Gemeinrechtlich ist die turbatio sacrorum für sich mit der Todesstrafe bedroht, da sie jedoch in dem vorliegenden Falle nicht als das Hauptverbrechen erschien, so konnte sie bei dem Mordversuch nur als ein erschwerender Umstand in Betracht kommen. D. E.

Digitized by Google

tigung vom 23. Jan. 1840 wurde Condemnat am 8. Febr. in die Strafanstalt verbracht, wo ein mit Zehrfieber verbundener Beinfraß schon am 11. Jan. 1841 seinem elenden Dasein ein Ende machte. Bayer.

IV.

Urkundenbeweis gegen Dritte.

Ein Gewaltgeber macht Auslagen für den Gewalthaber und fordert an diesem nach Satz 1999 den Ersatz derselben.

Zum Beweise, daß er in Gemäßheit seines Auftrags eine Zahlung an Jemanden geleistet habe, produzirt er eine von dem Letztern dafür ausgestellte Quittung.

Der Gewaltgeber, der zwar zugibt, daß der Gewalthaber die Zahlung auf seine (des Gewalthabers) Rechnung zu leisten befugt gewesen wäre, aber widerspricht, daß die Zahlung wirklich erfolgt sei, erklärt auf die vom Gewalthaber vorgelegte, vom dritten Empfänger ausgestellte, Quittung: diese Urkunde, die weder er, noch ein Rechtsverfahrer von ihm unterzeichnet habe, könne nach Satz 1322 gegen ihn nichts beweisen, und er sei nach dem §. 433 der Prozeßordnung gar nicht schuldig, ihre Aechtheit anzuerkennen oder abzuläugnen.

Richtig ist, daß der Gewaltgeber jene Urkunde über die in seinem Auftrag einem Dritten geleistete Zahlung weder selbst unterschrieben hat, noch daß er ein Rechtsfolger des Ausstellers der Urkunde ist.

Wie verhält sich nun die Sache? — Kann gegen ihn die Urkunde wirklich nichts beweisen? Wird diese Frage bejaht, so sind alle Verrechner oder anderen Gewalthaber, und alle Geschäftsführer, überhaupt alle, welche an einen Andern wegen an Dritte geleisteter Zahlungen Etwas fordern, mit ihrem Beweise verloren, sobald derjenige, der Ersatz leisten sollte, die geleistete Zahlung widerspricht. Y.

Anmerkung der Redaktion.

Allerdings wäre jeder Gewalthaber, Geschäftsführer ꝛc. in einer trostlosen Lage, wenn der Satz 1322 und der §. 433 der Prozeßordnung zur Folge hätten, daß eine Urkunde gegen Denjenigen, der sie weder selbst ausstellte, noch Rechtsfolger des Ausstellers ist, gar nichts (auch nicht die bloße Thatsache, die unter Dritten vorfiel), beweisen könnte. Dem ist aber, glücklicherweise nicht so, und wenn gleich eine Urkunde für denjenigen, der sie weder selbst ausgestellt, noch für den Aussteller zu haften hat, schon der Natur der Sache nach als eine res inter alios acta ihn als Dritten für sich allein nicht verbindlich machen kann, so muß sie (ihre Aechtheit vorausgesetzt), denn doch auch gegen ihn, insofern es wegen anderen Verhältnissen für ihn erheblich ist *), den Beweis liefern, daß das, was die Urkunde enthält, unter Dritten wirklich geschehen sei.

Es wird zwar hiegegen

1) der Landrechtsatz 1322 angeführt, und sich darauf berufen, daß im Einklange mit der Vorschrift dieses Artikels

2) nach §. 433 der Prozeßordnung nur der Aussteller der Urkunde und diejenigen, die für ihn zu haften haben, zur Anerkennung oder Abläugnung der Aechtheit schuldig seien.

Allein es ist zu erwägen:

Zu 1. Der Satz 1322 sagt, eine anerkannte oder für anerkannt erklärte Privaturkunde habe

„zwischen denen, welche sie unterzeichnet haben, ihren Erben und Rechtsfolgern gleiche Beweiskraft, wie eine öffentliche."

Der Satz 1322 spricht also blos von der Beweiskraft zwischen den Unterzeichnern und deren Erben oder Rechtsfolgern. Er sagt aber nicht, daß die Urkunde überhaupt nur zwischen diesen Personen eine Beweiskraft habe, und gegen Dritte gar nichts gewiß mache.

Der Satz 1319, der von öffentlichen Urkunden handelt, spricht in gleicher Weise ebenfalls nur von der Beweiskraft unter den Vertragspersonen, ihren Erben und Rechtsfolgern, und doch wird niemand annehmen, daß auch eine öffentliche Urkunde gegenüber von Dritten nicht einmal die Thatsache gewiß mache, daß das Geschäft, das sie beurkundet, wirklich stattgehabt habe. Hier wird die Thatsache durch die Beurkundung des Beamten, dem ja öffentlicher Glaube zukommt, gegen jedermann gewiß, wenn gleich die Thatsache, als eine res inter alios acta, für sich allein gegen Dritte keine Verbindlichkeit erzeugt.

Daß aber diese Thatsache auch durch Privaturkunden gegen Dritte gewiß wird, geht aus dem Satz 1328 ganz unumstößlich hervor.

Indem nämlich dieser Satz 1328 die Beweiskraft von Privaturkunden gegen Dritte in Bezug auf ihr Datum beschränkt, anerkennt er eben damit auch, daß sie im Allgemeinen gegen Dritte doch Beweiskraft haben. Der Satz 1322 hätte sonst keine Bestimmung geben können, von welchem Tage an auch das Datum von Privaturkunden gegen Dritte gewiß werde. †)

Es ist dies auch von den französischen Rechtslehrern anerkannt.

Boileux sagt in seinem Commentaire zum art. 1322: „en disant (cet article), que l'acte sous seing-privé reconnu a la même force entre ceux, qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou ayant-cause, on pourrait induire a contrario, qu'il ne fait point foi *contre les tiers*, ce qui serait *une erreur;* l'acte sous seing-

*) An und für sich erzeugt die Zahlung, welche Jemand einem Anderen leistetete, für einen Dritten keine Verbindlichkeit. Kommt aber hinzu, daß der Dritte dem Ersteren hiezu den Auftrag ertheilte, so ist bei der Mandatsklage, die dieser erhebt, die Thatsache der geleisteten Zahlung auch gegen den Dritten (Gewaltgeber) erheblich.

†) In so weit es also im einzelnen Falle nicht darauf ankommt, ob die durch die Urkunde zu erweisende Thatsache in einem früheren oder späteren Zeitpunkte sich zugetragen habe, es vielmehr genügt, daß sie sich zur Zeit, wo die Urkunde produzirt wird, überhaupt zugetragen habe, — beweist die Urkunde auch ohne die Voraussetzung des Satzes 1322 hinreichend. Hätte aber z. B. der Gewaltgeber den dem Gewalthaber ertheilten Auftrag, eine Zahlung zu leisten, widerrufen, und es würde sich nun, da dieser die Behauptung, daß die Zahlung bereits geschehen sei, erst später aufgestellt hätte, darum handeln, ob die Zahlung schon vor oder erst nach geschehenem Widerrufe erfolgt wäre, so könnte die vom Zahlungsempfänger ausgestellte Quittung auch unter der Voraussetzung ihrer Aechtheit nur alsdann hinreichenden Beweis geben, wenn sie nach Satz 1328 ein dem Auftrags-Widerruf vorausgehendes sicheres Datum hätte.

Digitized by Google

privé fait également foi contre les tiers, non pas, à la verité, à l'effet *de les obliger* (1165 1119); il prouve seulement contre eux, comme l'acte authentique, *rem ipsam*, c'est a dire qu'il existe une convention etc."

Eben so wird von Zachariä im 4ten Bande (der dritten Ausgabe) seines fr. Civ. Rechts, S. 392 und von den in der Note 28 zitirten Schriftstellern bestätigt, daß auch Privaturkunden gegen Dritte „rem ipsam" beweisen, vorbehaltlich der Beschränkung dieser Beweiskraft in Bezug auf das Datum, in so fern es hierauf im einzelnen Falle ankommt. †)

Zu 2. Auch der §. 433 unserer Prozeßordnung steht dieser Ansicht nicht entgegen.

Es sagt dieser §. 433 in Verbindung mit dem §. 436 und 439 nichts anderes, als was schon im gemeinen Rechte galt.

Es wurde hier, wie dort, unterschieden zwischen Urkunden, die gegen den Aussteller oder dessen Rechtsfolger, und solchen, die gegen Dritte produzirt werden.

Bei den Erstern war der Produkt nach dem gemeinen Rechte zur Agnition oder eidlichen Diffession schuldig, — bei den Letztern hatte er aber lediglich zu rekognoszireu, ob er sie für das halte, wofür sie ausgegeben sind.

Martins bürgerl. Prozeß §. 202 und 203.

So hat nun auch nach dem §. 433 der Prozeßordnung der Produkt, wenn er selbst oder sein Rechtsvorfahrer die Urkunde ausgestellt haben soll, die Aechtheit derselben „förmlich anzuerkennen oder abzuläugnen". Die Ableugnung, die nach §. 435 bei Urkunden des Rechtsvorfahrers auch in der Erklärung, die Hand- oder Unterschrift desselben nicht zu kennen, bestehen kann, ist hier nach §. 444 und 574 eidlich (durch den Diffessionseid) zu bestärken.

Ist aber die Urkunde nicht vom Produkten noch von seinem Rechtsvorfahrer ausgestellt, so hat der Produkt nach §. 436 nur zu erklären, ob er die Urkunde

„für das halte, wofür sie vom Beweisführer ausgegeben werde."

Eine Eideszuschiebung über die Aechtheit an den Produkten findet in diesem Falle nach §. 574 vergl. mit §. 444 nicht statt; dennoch hat der Produzent nach §. 439 (auf andre Art) die Aechtheit zu beweisen. Aber eben weil der §. 439 dem Produzenten ausdrücklich den Beweis der Aechtheit einer weder vom Produkten, noch von dessen Rechtsvorfahrer, ausgestellten Privaturkunde auferlegt, so liegt darin wieder ein weiterer entscheidender Grund dafür, daß das Gesetz eine solche Urkunde, ihre Aechtheit vorausgesetzt, als beweiskräftig betrachten müsse *), da es sonst unnöthig wäre, ein Verfahren wegen Herstellung ihrer Aechtheit eintreten zu lassen.

Nach all' dem kann also der Gewalthaber die einem andern geleistete Zahlung durch die Quittung des Letztern auch gegen den Gewaltgeber beweisen. Erklärt dieser, daß er die Quittung nicht für ächt halte, so hat der Gewalthaber deren Aechtheit durch Zeugen, Schriftvergleichung oder Vermuthungen eben so zu beweisen, wie wenn in andern Fällen der Produkt die Aechtheit einer von ihm selbst herrühren sollenden Urkunde widerspricht. Der einzige Unterschied besteht darin, daß im letztern Falle vom Produkten auch der Ablengnungseid gefordert werden kann, was bei der gegen den Gewaltgeber als Dritten gebrauchten Urkunde nach §. 574 vergl. mit §. 444 nicht statt hat. **)

D. Red.

†) Toulier im Band VIII. Nr. 239 (Brüssler Ausgabe) sagt: „il (l'act sous seingn-privé) prouve encore contre les tiers, que la convention qu'il renferme, ou dont il contient la preuve, est effectivement passé, probat rem ipsam etc." M. s. auch Brauers Erläuterung zum Satz 1328.

*) Noch ein hiefür sprechender Grund anderer Art liegt in dem argumentum ad absurdum, daß sonst (wenn nämlich eine Urkunde gegen Dritte keinen Beweis gäbe) die Adquisitionsverjährung des Satzes 2165 unmöglich wäre. Nach Satz 2165 soll nämlich derjenige, der ein Gut durch einen formellgiltigen Titel von einem Nichteigenthümer erwirbt, das Eigenthum davon durch den Ablauf von 10 oder 20 Jahren auch gegen den Eigenthümer, als gegen einen Dritten, der bei jenem Vertrage nicht mitwirkte, ersetzen. Würde nun aber die Thatsache des Erwerbs, beziehungsweise der Titel, gegen den Eigenthümer als gegen einen Dritten durch die (weder von diesem, noch von dem Rechtsvorfahrer desselben ausgestellte) Erwerbsurkunde nicht erwiesen werden können, so wäre jene Ersitzung gegen den Eigenthümer nie darzuthun. Daß dabei kein Unterschied zwischen einer öffentlichen- oder Privaturkunde des Erwerbs gemacht werden könnte, ist oben schon bemerkt, da der Satz 1319 in Bezug auf öffentliche Urkunden das nämliche sagt, was der Satz 1322 von Privaturkunden.

**) Wenn der Aussteller der Urkunde noch lebt, so wird der Produzent gut thun, ihn zum Streite beizuladen, da er allein im Stande ist, seine Hand- oder Unterschrift anzuerkennen oder abzuläugnen, was nach §. 118 der Prozeßordnung jede Partei zur Beiladung desselben berechtigt. Anerkennt derselbe die Urkunde nach §. 443 als ächt, so beweist sie auch gegen den Produkten als gegen einen Dritten, mit Ausnahme des Datums, welches, wo es darauf ankommt, selbst durch die als ächt angenommene Privaturkunde nur unter den Voraussetzungen des Satzes 1328 gewiß wird.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des neunten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1841, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Mit einer literarischen Anzeige der Universitätsbuchhandlung von Adolph Emmerling in Freiburg betreffend die „Blätter für Justiz und Verwaltung im Großherzogthum Baden."

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 26. Karlsruhe den 26. Juni 1841.

I.

Die Beweislast des Pflichterben nach Landrechtsatz 922.

In dem Landrechtsatz 1381 finden wir eine bekannte Bestimmung des gemeinen Rechts niedergelegt; es soll nämlich hiernach derjenige, der eine Sache zurückerhält, alle nöthige und nützliche Kosten, die auf Erhaltung der Sache verwendet wurden, selbst auch dem unredlichen Besitzer zu vergüten schuldig sein; die hier bemerkte Vergütung des Erhaltungsaufwands sagt Brauer zu diesem Landrechtsatz ist nichts, was diesem Halbvertrage eigen wäre, sie fließt aus dem allgemeinen natürlichen Rechtssatze, daß Niemand verlangen dürfe, sich auf Unkosten seines Nebenmenschen zu bereichern, und ist daher auf jede Zurückgabe einer fremden Sache anwendbar.

Aus diesem natürlichen Rechtssatze fließt nun auch nach meiner Ansicht eben so die Vergütung der Erhaltungs- und Verbesserungskosten, welche die Erben dem einwurfspflichtigen Miterben zu leisten schuldig sind, Landrechtsatz 861 ff., und dieselbe Vergütungspflicht liegt dem Pflichterben ob, der gegen den Schenknehmer mit der Minderungsklage auftritt, indem der Grund im einem wie im anderen Falle der gleiche ist, sofern man die Analogie zur Erläuterung des Satzes 922 aus den Sätzen 861 ff. wegen Dunkelheit des Wortausdrucks nöthig zu haben glaubt. Landrechtsatz 4 a. Die Vergütungspflicht ist kein wesentlicher Theil der Einwerfungspflicht, sie ist etwas Zufälliges und Allgemeines, wie sie auch in gleicher Eigenschaft in dem Falle des Landrechtsatzes 922 sich zu erkennen gibt. Eben deßhalb sind die Grundsätze hierüber der Einwerfung und Minderung gemeinschaftlich, wenn schon die Einwerfungspflicht als solche sich auf ganz andern Prinzipien als die Minderung der Schenkungen und Vermächtnisse basirt. Aber auch in einem wesentlichen Punkte stimmen beide Lehren mit einander überein, und dieses ist das Rechtsverhältniß des einwurfspflichtigen Miterben und des zur Minderung schuldigen Schenk- oder Vermächtnißnehmers zu der einzuwerfenden geschenkten Sache!

Die Idee des germanischen Rechts, daß das Vermögen des Erblassers schon während dessen Lebzeiten Gesammteigenthum der Familie sei, hat sich am sichtbarsten in der Bestimmung des Pflichttheils für Descendenten und Ascendenten ausgesprochen, und eben so in der Bestimmung der Einwerfungspflicht, Landrechtsatz 843 ff. 913 ff. Wird nun die Erbschaft eröffnet, so wird von diesem Augenblick die geschenkte Sache Eigenthum der Masse mit der hier maßgebenden Wirkung, als ob der einwurfspflichtige Miterbe (Schenknehmer) niemals Eigenthümer gewesen wäre. — Resolvitur dominium ex tuno, und dasselbe gilt in dem gleichen Umfange mit der Verstärkung des Landrechtsatzes 930 bei dem Rückfalle des Geschenkten durch die Minderungsklage, so daß sowohl der beschenkte Miterbe, wie der zur Minderung schuldige dritte Schenknehmer, die geschenkten Gegenstände nur unter der auflösenden Bedingung des Rückfalls besitzen; ist nun aber diese Bedingung eingetreten, so sind die beschenkten Miterben, wie die dritten Schenknehmer von dem Zeitpunkte der Schenkung an niemals Eigenthümer, sondern blos Besitzer der fremden (der Erbmasse gehörigen) Sachen in gutem Glauben gewesen, und was der Landrechtsatz 1381 jedem Besitzer einer fremden Sache bei deren Zurückgabe zugesichert hat, erhält auch der Besitzer der an die Erbmasse rückgefallenen Schenkungen.

Dem Miterben, welcher einwerfen muß, werden die Erhaltungs- und Verbesserungskosten vergütet. Sätze 861, 862, jedoch nicht alle Erhaltungskosten, weil der Miterbe als bisheriger Nutznießer die Lasten seiner Nutznießung jedenfalls auf sich zu behalten hat. Unter den Erhaltungskosten, die der Landrechtsatz 861 bezeichnet, werden wohl nur jene zu verstehen sein, welche der Nutznießer zu bestreiten nicht schuldig ist, also blos die im Landrechtsatz 606 sogenannten Hauptausbesserungen, während der Nutznießer selbst die Sache in baulichem Zustande unterhalten muß. Il n'est pas dû compte

Digitized by Google

a l'héritier donataire des impenses d'entretien qui sont une charge de la jouissance. Toullier Bd. II. 501.

Spricht der Miterbe Ersatz solcher Kosten an, so wird es wohl an ihm, dem Besitzer der fremde Sachen, sein, den nothwendigen oder nützlichen Kostenaufwand zu beweisen, weil er von der Eigenthümerin etwas in Anspruch nimmt. Landrechtsatz 1315, §. 400 der Prozeßordnung. — Als Nutznießer ist er aber zugleich für allen Schaden verantwortlich, welchen die Sache durch seine Schuld, und nicht durch Zufall erlitten hat, diesen schuldhaften Schaden hat er dann an die Masse zu vergüten, welche dagegen der zufällige Schaden nach der Rechtsregel: Casum sentit dominus — allein trifft. In diesem Falle verlangt dann die Masse etwas von dem bisherigen Besitzer, es wird ihr also auch der Grund ihrer Ansprüche zu beweisen obliegen. Bei dem Rückfalle einer Sache mittelst Einwerfung können nach dem bisher Gesagten nur die drei beziehungsweise zwei Fälle eintreten:

1) entweder spricht der einwesende Miterbe Ersatz der Erhaltungs- und Verbesserungskosten an; oder es spricht

2) die Erbmasse Ersatz der Verschlimmerungen an, welche die Sache inzwischen durch Sorglosigkeit des bisherigen Besitzers erlitten hat; oder endlich

3) tertium non datur, es wird weder ein Ersatz für Erhaltungs- und Verbesserungskosten noch Ersatz für Verschlimmerungen in Anspruch genommen.

Im ersten Falle hat, wie von selbst klar sein wird, der Miterbe, da er Kläger ist, seine Behauptungen zu beweisen; im zweiten Falle wird es Sache der Erbmasse sein, die Verschlimmerung und die Größe ihres Schadens darzuthun, weil sie die Klägerin ist; im dritten Falle wird kein Theil zu beweisen haben, weil kein Theil einen Anspruch auf Ersatz erhoben hat.

Im Falle der Minderungsklage des Landrechtsatzes 922 wollte aber schon öfters mit allem Ernst und Eifer die Ansicht geltend gemacht werden, daß der auf Minderung einer Schenkung klagende Miterbe zwei Thatsachen zu beweisen habe.

1) Daß die geschenkte Sache zur Zeit der Schenkung in dem Zustande gewesen sei, wie zur Zeit der Erbschaftseröffnung;

2) daß dieselbe nach diesem Zustande, den für die Minderung reklamirten Werth habe, resp. am Todestage des Erblassers gehabt habe. — Beides ergebe sich aus den Worten des Gesetzes, wornach der Betrag der Schenkungen *nach dem Zustande der geschenkten Sachen, wie er zur Zeit der Schenkungen war*, auf den Werth, wie er sich *zur Zeit des Todes des Erblassers* stellt, angeschlagen werden muß. Der Pflichterbe sei der Kläger, und somit schuldig, den Zustand, welcher die Grundlage der Taxation abgibt, zu beweisen, und erst wenn dieser Zustand bewiesen ist, könne der sekundäre Beweis seines Werthes zur Zeit der Erbschaftseröffnung geführet werden.

Hiegegen vertheidige ich die Theorie, welche oben aus dem Landrechtsatze 861 ff. bei der Einwerfung abgeleitet worden ist, aus zwei Gründen:

1) Führet die gegentheilige Ansicht über den prozeßrechtlichen Sinn des Satzes 922 zu einem Absurdum, indem darnach ein non Ens bewiesen werden müßte;

2) tritt hier auf den Grund des Satzes 4a die Nothwendigkeit der Analogie für die Interpretation des Satzes 922 ein.

Art. 1. Schenkt der Erblasser im Jahre 1810 einem Dritten eine Liegenschaft, z. B. ein Haus, und diese Schenkung wird im Jahre 1836 zur Ergänzung des Pflichttheils reklamirt, so würde es eine Unmöglichkeit sein, zu beweisen, daß das Haus im Jahre 1810, wo noch Niemand an die dereinstige Minderungsklage dachte, gerade in demselben Zustande sich befunden habe, wie im Jahre 1836; nach Ablauf von 26 Jahren würden die Zeugen, um Gewissensscrupeln auszuweichen, selbst wenn das Haus inzwischen nur einen neuen Anstrich erhalten hätte, stets die Thatsache mit Nichtwissen beantworten, und der Beweis wäre mißlungen. Eine Liegenschaft verbessert sich nicht von selbst, aus der Luft fällt kein dritter Stock auf ein zweistöckiges Haus, der Besitzer muß diesen dritten Stock bauen, und hat er ihn gebaut, so ist der Zustand des Hauses freilich nicht mehr der nämliche wie früher, es kann also der Werth nicht nach dem jetzigen Zustande taxirt werden, die Verbesserung durch Aufführung eines dritten Stocks wird zum Voraus abgezogen, allein der Pflichterbe, der sagt, das Haus sei 8000 fl. werth, wird nicht gleichsam ex officio nachforschen, ob nicht etwa der bisherige Besitzer den Zustand desselben verbessert habe; der Besitzer, der eine Verbesserung gemacht hat, muß in seiner Vernehmlassung excipiendo entgegnen, daß, wenn das Haus auch einen Werth von 8000 fl. habe, dieser Werth von seinen Verbesserungen herrühre, und diese Verbesserungen den Werth des Hauses z. B. um 2000 fl. erhöht haben. Müßte aber ohne eine solche Einrede der Kläger beweisen, daß der Zustand des Hauses im Jahre 1810 so gewesen sei, wie im Jahre 1836, so würde man ihm aufgeben, zu beweisen, daß seit 1810 keine Verbesserung und Werthserhöhung stattgefunden habe, er müßte also den Beweis eines non Ens führen, welches in jure eine Unmöglichkeit ist!

Art. 2. Zweifelt man aber an dieser Bedeutung des Wortausdrucks, so muß man auf den Grund und Zweck des Gesetzes und auf die Rechtsähnlichkeit, die aus einzelnen Verfügungen über verwandte Gegenstände zu entnehmen ist,

Digitized by Google

die Entscheidung gründen; in dieser Beziehung scheint schon im Eingange die Rechtsähnlichkeit des Landrechtsatzes 861 ff. auch für den Landrechtsatz 922 anzuschlagen.

Der Zweck des Landrechtsatzes 861 ist nach der allgemeinen Grundlage des Landrechtsatzes 1381 einzig der: daß Niemand sich mit dem Schaden eines andern bereichern solle; der Pflichtrebe hat, wie der Miterbe nach Satz 861 zur Ergänzung der Erbmasse, das Recht, Alles zurückzuverlangen, was zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlich ist, aber nur so viel, nicht mehr, die von dem Schenknehmer auf die wieder an die Masse zurückfallenden Liegenschaften gemachten Verwendungen, werden nicht Eigenthum dieser Masse, weil sie fremdes Gut sind, letztere soll mit fremdem Gute nicht steigen, und diese Bereicherung zum Nachtheile des seitherigen Besitzers hat das Gesetz im Auge, wenn es den ursprünglichen Zustand der Sache als Grundlage der Schätzung unterstellt wissen will! Wo aber der Schenknehmer keine Wertherhöhung, und der Pflichtrebe keine Verschlimmerung behauptet, ist nicht blos die Identität des Objekts gewiß, sondern auch seine Qualität, d. h. das Objekt ist nach Wesen und Form dasselbe, wie früher.

Nach dieser Ausführung enthalten die Worte des Gesetzes: „Nach dem Zustande zur Zeit der Schenkung," mehr die negative Unterstellung, daß weder eine Verbesserung noch eine Beschädigung stattgefunden habe, und aus dieser negativen Unterstellung an und für sich folgt gewiß keine positive Beweislast des klagenden Pflichtrebe! —

So wird wohl auch Zachariäs Erläuterung für den Landrechtsatz 922 (Bd. IV. S. 227) zu verstehen sein, wo gesagt wird:

„Bei Schenkungen, welche Liegenschaften zum Gegenstande haben, ist zugleich der Zustand zu berücksichtigen, in welchem sich diese Liegenschaften zur Zeit der Schenkungen befanden, so daß, wenn die Liegenschaften verbessert oder beschädigt worden sind, eine Ab- und Zurechnung nach Maßgabe der Vorschriften der Artikel 861 — 864 statt hat."

Ich fasse meine Deduktion in folgenden Schlußsatz zusammen:

Der Zustand einer Liegenschaft ist ein integrirender Bestandtheil dieser Liegenschaft, die Liegenschaft ist aber nach dem Resolvitur ex tunc stets, also auch zur Zeit der Schenkung Eigenthum der Erbmasse (ihrer Vertretrer) gewesen; der Zustand selbst ist somit eben so Eigenthum der Masse geblieben, und wenn nun der als Geschäftsführer handelnde Besitzer diesen Zustand verbessert haben will, so nimmt er gleichsam den Zustand einer fremden Sache als sein Eigenthum in Anspruch, und diesen Anspruch auf die fremde Sache hat ohne Zweifel er allein zu beweisen! —

Schmidt.

II.

Versuch einer Widerlegung des im siebenten Jahrgang Nr. 14. S. 92 dieser Blätter motivirten Plenarbeschlusses des Großherzoglichen Oberhofgerichts, die Auslegung des §. 1244. Absatz 6 der Prozeßordnung betreffend.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hat nach dem oben angeführten Aufsatz die Frage:

ob gegen ein Erkenntniß darüber: welche nach §. 169 als nothwendige zu betrachten, von der in die Kosten verurtheilten Parthei also dem Gegner wirklich zu ersetzen seien? Beschwerdeführung stattfinde? verneint.

Durch nachstehende Ausführung soll nun die Widerlegung der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe versucht werden:

Denselben steht vor Allem entgegen, daß das Gesetz durchaus nicht unterscheidet, daß also nach bekannten Auslegungsregeln auch der Richter nicht unterscheiden darf, sondern sich um so mehr an den klaren Wortverstand halten muß, als derselbe zu gar keinem Zweifel Veranlassung giebt.

Es ist daher Beschwerdeführung zuzulassen wegen aller richterlichen Kostenbestimmungen, vorausgesetzt, daß nicht ein specielles Gesetz hinsichtlich der einen oder der andern ein Anderes vorschreibt, oder daß nicht der Richter aus Gründen der Auslegung befugt ist, das angeführte allgemeine Gesetz in der Art zu beschränken, daß die richterliche Verpflichtung, dasselbe auf alle Kostenbestimmungen anzuwenden, für eine bestimmte Art desselben aufgehoben wird.

Daß ein specielles Ausnahmsgesetz nicht existirt, hat der oberste Gerichtshof selbst dadurch anerkannt, daß derselbe die statuirte Ausnahme durch Deductionen aus Gesetzen ableitet, welche diese Ausnahme nicht ausdrücklich aussprechen.

Es kann sich daher nur fragen:

Lassen sich Gründe der Auslegung nachweisen, welche den Richter berechtigen, den §. 1244. Absatz 6 der Prozeßordnung in der Art zu beschränken, daß derselbe keine Anwendung auf richterliche Kostenbestimmungen finde, welche festsetzen, was nothwendige und folgeweise vom unterliegenden Theil zu ersetzende Kosten sind?

Die Hermeneutik erlaubt nur aus dem einen Grunde eine solche einschränkende Auslegung, wenn bewiesen werden kann, daß der Gesetzgeber bei Erlassung eines Gesetzes an

Digitized by Google

einen gegebenen Fall gar nicht gedacht und folglich die Absicht nicht gehabt hat, seinen Ausspruch auch für diesen gegebenen Fall zu ertheilen — wenn man nicht auch eine einschränkende Auslegung wegen Fehlen oder Wegfallen des gesetzlichen Grundes annehmen will.

Eine solche Verneinung der Absicht wird nun hinsichtlich des oft berührten §. 1244. Absatz 6 für die oben erwähnten Kostenbestimmungen gefolgert.

1) Aus dem übrigen Inhalt desselben §., aus welchem hervorgehen soll, daß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung im Allgemeinen nicht gegen Erkenntnisse, durch welche ein Streitgegenstand zu- oder aberkannt werde, gegeben sei.

Allein einmal geht das Behauptete aus dem §. 1244 nicht hervor. Denn es ist der Fall denkbar, daß der Richter wegen Unterlassung einer Handlung eine dem Gegentheil zufallende Geldstrafe angedroht hat. Das Zuwiderhandeln erfolgt, die Strafe wird ausgesprochen, der Streit erledigt sich hinsichtlich der Hauptsache und es bleibt nichts übrig, als die dem einen Theil zugesprochene Geldstrafe. Dieser dringt auf Zahlung, der Gegentheil beschwert sich jetzt erst, weil die Beschwerdeführung an keine Fristen gebunden.

In diesem Fall ist der Beschwerdepunkt ein Streitpunkt der Partheien. Denn A. will das Geld als Gewinn, nicht wie vielleicht früher als Vollstreckungsmittel, von Amtswegen besteht der Richter nicht auf dem Vollzug der Strafe, betrachtet sie also auch nicht mehr als ein solches Mittel und B. beschwert sich über die Strafe nur noch, weil er sie an A. bezahlen muß.

Will man aber auch zugeben, daß sich die übrigen Fälle des §. 1244 nur auf Erkenntnisse über Streitpunkte, welche bloß das Verfahren, nicht aber den Hauptstreit betreffen, beziehen, so folgt doch daraus noch nicht, daß der Gesetzgeber beim Absatz 6 einen ganz gleichen Fall vor Augen gehabt, und daß er nicht auch für andere Fälle der Beschwerdeführung habe geben wollen, wozu er vielleicht seinen guten Grund gehabt. Denn nicht allein die Gleichartigkeit der Fälle kann den Gesetzgeber zur Gleichstellung durch das Gesetz veranlassen, sondern er kann auch ganz verschiedene Fälle vielleicht aus demselben, vielleicht wieder aus verschiedenen Gründen unter eine allgemeine Bestimmung stellen.

Man darf auch nur die Gesetze selbst zu Rathe ziehen, um sich zu überzeugen, daß der Gesetzgeber ganz die nämlichen Bestimmungen für nicht ähnliche Fälle eintreten läßt.

So läßt der §. 1175 die Appellation auch ohne Rücksicht auf das Dasein der Appellationssumme in acht Fällen zu, die alle von einander verschieden sind und von denen nur einzelne, wie der erste, sechste, siebente und achte, die Wichtigkeit des gekränkten Rechts, der zweite (hinsichtlich der verzögerlichen Einreden), dritte, vierte und fünfte die Unverzeihlichkeit des richterlichen Fehlers mit einander gemein haben, der zweite aber hinsichtlich des §. 391 wegen der Gefahr, die auf dem Verzug haften würde, für sich allein steht.

Es wird daher auch Niemand behaupten wollen, Appellation ohne das Dasein der Appellationssumme habe der Gesetzgeber nur gestatten wollen in ganz wichtigen Fällen oder nur gegen ganz grobe Verstöße des Richters oder nur, wo Gefahr auf dem Verzug hafte.

Wie darf man aber für die Beschwerdeführung eine so allgemeine Regel aufstellen, während der allgemeine Ausspruch des §. 1244. Absatz 6 der Prozeßordnung jene allgemeine Regel gar nicht zuläßt.

Ebenso unrichtig ist

2) die weitere Behauptung, der §. 1250 der Prozeßordnung setze voraus, daß dem Gegner des Beschwerdeführers durch die Erledigung der Beschwerde nichts abgesprochen werden könne, daß also der Gegenstand der Beschwerdeführung nicht der Streitgegenstand selbst sein könne, indem sonst auch für den Fall, da der Oberrichter die Beschwerde für gegründet finde und nun den Gegner des Beschwerdeführers verletze, hätte bestimmt werden müssen, ob nun dem Gegner wieder eine weitere Beschwerdeführung bei dem Richter III. Instanz zustehe. Denn obgleich der §. 1250 der Prozeßordnung nur von einem weitern Rechtszug gegen das Verwerfen einer Beschwerde spricht, so ergiebt sich doch schon aus dem §. 1244, daß es nur eine Instanz der Beschwerdeführung giebt, der §. 1250 mag daher gut oder schlecht redigirt sein, immer bleibt er überflüssig und aus einem ungeschickten Pleonasmus, der als solcher gewiß nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, läßt sich dessen Absicht hinsichtlich einer andern Bestimmung nicht erkennen.

Endlich

3) hat der §. 673. Absatz 6 der Prozeßordnung die Kostenliquidationen nur insofern in eine Kategorie mit allen andern Entschädigungsliquidationen gestellt, als bei beiden abgekürztes Verfahren stattfinden soll, welches bei den erstern nach §. 175 noch besonders summarisch sein soll. Schließt aber dieses abgekürzte Verfahren die Möglichkeit der Beschwerdeführung aus. Kann nicht der nämliche Grund, nämlich die Geringfügigkeit den Gesetzgeber zu den drei Bestimmungen veranlaßt haben, daß bei Kostenliquidationen abgekürztes, aber besonders summarisches Verfahren und deshalb auch keine Appellation, sondern nur Beschwerdeführung stattfinden solle? Kann nicht für die letzte Begünstigung der Umstand gesprochen haben, daß bei solchen Kostenliquidationen, namentlich bei der Frage, was nothwendige Kosten sind, Alles im Ermessen des Richters liegt, daß dieses Ermessen häufig in Willkühr ausartet, daß solche

Digitized by Google

Willkühr eben so sehr verletzt, als in manchen andern Fällen des §. 1244 und daß deshalb auch bei unbedeutendem Gegenstand Abhülfe möglich sein müsse?

Der Bejahung dieser Fragen dürfte nichts im Wege stehn und somit kann auch nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe beim §. 1244. Absatz 6 der Prozeßordnung nicht an Verfügungen über die Festsetzung zu ersetzender Kosten gedacht, während doch dieser Begriff ganz genau auf den allgemeinen von Kostenbestimmungen paßt.

Es kann dies um so weniger angenommen werden, als der §. 1249 der Prozeßordnung das Haupt-Argument des höchsten Gerichtshofs widerlegt. Wenn nämlich nach diesem das Obergericht nach den Erfordernissen des einzelnen Falls vor Erlassung des Erkenntnisses die Vorladung beider Theile beschließen kann, um dieselben über den vom Unterrichter erstatteten Bericht oder mit ihren mündlichen Rechtsausführungen zu hören, so muß es auch außer bloßen Verletzungen der einen Parthei durch den Richter noch Fälle geben, welche das Interesse beider Theile berühren und in welchen trotz dem Beschwerdeführung stattfinden soll.

Nach dem Inhalt des §. 1244 können dies aber gerade nur solche sein, wie der zu 1 angeführte, wohl selten vorkommende wegen der Strafen oder streitige Kostenliquidationen.

Beweist nun die eben erwähnte Bestimmung des §. 1249, daß die Verletzung der einen Parthei ohne direkten Einfluß auf den Streitpunkt nicht die einzige ratio legis bei der Beschwerdeführung gebildet haben kann, so reicht auch das Wegfallen dieses einzigen Grunds bei richterlichen Bestimmungen über Kostenliquidationen nicht hin, um die Beschwerdeführung hinsichtlich dieser für unzulässig zu erklären, selbst wenn man von der Richtigkeit des längst nicht mehr geltenden Grundsatzes cessante ratione legis upat lex ipsa ausgehn will. Denn dieser Grundsatz kann nur da zur Anwendung kommen, wo alle gesetzlichen Gründe nicht passen.

Vergl. Thibaut logische Auslegung der Gesetze 2te Ausgabe §. 25.

Hiernach dürfte als richtig anzunehmen sein, daß man weder auf dem Weg der Auslegung nach der Absicht des Gesetzgebers, noch auf dem der aufhebenden oder einschränkenden Auslegung des §. 1244 Absatz 6 der Prozeßordnung zu der Ansicht gelangen kann, welche das Großherzogliche Oberhofgericht zum Plenarbeschluß erhoben hat. Ist aber dieses auf keinem der beiden Wege möglich, so ist es nach den Gesetzen der Hermeneutik nicht möglich oder unzulässig, von dem deutlichen Wortsinn des §. 1244. Absatz 6 der Prozeßordnung abzugehn.

Obergerichtsadvokat v. Soiron.

III.

Ueber die Gränzen des Wirkungskreises der Staatsanwälte.

Der Staatsanwalt am Hofgerichte des Mittelrheinkreises erhob für einen zu Rastatt angestellten Beamten auf Requisition der diesem vorgesetzten Dienstbehörde gegen Michael Helmstädter von Waldangelloch bei dem Bezirksamte Sinsheim im Unterrheinkreis eine Ehrenkränkungsklage mit dem Erfolge, daß sofort die Untersuchung gegen den Angeklagten eingeleitet wurde.

Da der Staatsanwalt eine bürgerliche Gefängnißstrafe von wenigstens 6 Wochen beantragt und selbst gebeten hatte, die Akten dem Obergerichte zur Entscheidung vorzulegen, so sandte das Amt, indem es den Hauptantrag für begründet, sohin sich für incompetent hielt, die gepflogene Untersuchung an das Hofgericht des Unterrheinkreises ein, welches unterm 20. Nov. 1840 zu Recht erkannte:

> daß der Großh. Staatsanwalt am Hofgerichte des Mittelrheinkreises mit der erhobenen Ehrenkränkungsklage abzuweisen sei, unter Verfällung der Großh. Staatskasse in die dadurch veranlaßten Kosten.

Entscheidungsgründe.

I. E., daß die vorwürfige Ehrenkränkungsklage von dem Großh. Staatsanwalte am Hofgericht des Unterrheinkreises Namens des Großh. Amtmanns B. zu Rastatt bei dem Amte Sinsheim gegen den solchen untergeordneten M. Helmstädter von Waldangelloch erhoben wurde, und sich hier vor Allem die Frage aufwirft, ob diese Klagerhebung in der Befugniß des erwähnten Staatsanwaltes stand;

I. E., daß diese Frage nach dem Zwecke und der organischen Einrichtung des Instituts der Staatsanwälte verneint werden muß;

I. E. nämlich, daß Ueberwachung der Criminalrechtspflege und selbst Anregung derselben in einzelnen vom Gesetze vorgesehenen Fällen im öffentlichen Interesse den Zweck jenes Instituts bildet und zu dessen gehöriger Erreichung die Bestellung mehrerer Staatsanwälte und der Beschränkung ihres Wirkungskreises auf bestimmte Bezirke, gleich der Einrichtung der die Rechtspflege ausübenden Stellen, absolut nöthig erscheint, wie dies durch Bestellung eines Staatsanwalts für je ein Hofgericht resp. für dessen Bezirk dann auch nach unserer Gesetzgebung anerkannt ist;

I. E., daß demnach die Ausübung der Befugnisse der einzelnen Staatsanwälte auf die betreffenden Hofgerichtsbezirke beschränkt ist und das Uebergreifen des Einen in den Bezirk des Andern, gleich jenem der einen Behörde in die Befugnisse der Anderen, als Ueberschreitung seiner Competenz somit als unzulässig zu erachten ist;

Digitized by Google

J. E., daß nun auch hier eine solche Ueberschreitung vorliegt, indem es sich um Einleitung einer Untersuchung im Wege des Ehrenkränkungsprozesses gegen ein dem diesseitigen Gerichtshofe untergebenes Individuum handelt, zu deren Anregung nur der diesem Gerichtshofe beigegebene Staatsanwalt befugt erscheint.

A. d. Großh. ꝛc.

Auf die hiergegen von dem Staatsanwalt ausgeführte Appellation erließ das Großh. Oberhofgericht unterm 18. Mai l. J. ein bestätigendes Erkenntniß.

Entscheidungsgründe.

Wir haben kein besonderes Gesetz, welches das Institut der Staatsanwälte in die Badische Verfassung einführte. Es ist solches nur gelegenheitlich und zwar in Preß- und Ehrenkränkungssachen durch den §. 43 des Preßgesetzes und §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes und in gerichtlichen Strafsachen durch den §. 7 des Rekursgesetzes geschehn. — Was hiernach den Geschäftskreis, d. h. das Geschäftsmaterial der Staatsanwälte, auch den localen Umfang ihrer Thätigkeit und zwar insbesondere in Preß- und Ehrenkränkungssachen betrifft, so können solche zwar die Preßvergehen von Amtswegen verfolgen — nicht aber Beleidigungen gegen inländische Staatsstellen oder öffentliche Diener, die in Bezug auf ihr Amt beleidigt wurden. In diesem Falle können sie eine Anklage nur auf Antrag der beleidigten Stelle oder des beleidigten Dieners oder auf den Antrag der diesem vorgesetzten Behörde erheben. Die Staatsanwälte bedürfen somit in Ehrenkränkungssachen der Staatsdiener, wenn auf keiner Bevollmächtigung des Beleidigten im prozessualischen Sinn, d. h. keines Mandates, doch eines Antrags des Beleidigten oder seiner vorgesetzten Behörde, um zu einer Anklage legitimirt zu sein.

Es ist daher auch irrig, wenn das Großh. Hofgericht und der Staatsanwalt im vorliegenden Falle von einer Competenz des Staatsanwaltes und sogar von dessen Ueberwachung der Strafrechtspflege sprechen. †)

Der Staatsanwalt hat die den Staatsdienern gebührende Achtung so wenig als die Bestrafung der Ehrenkränkungen zu überwachen oder auch nur anzuregen. Es bedarf vielmehr eines Antrags des Beleidigten oder dessen vorgesetzter Dienstbehörde, um zu einer Anklage ermächtigt zu sein.

Die dem Beleidigten vorgesetzte Dienstbehörde allein ist die zur Ueberwachung des Dienstansehens im öffentlichen Interesse competente Behörde und der Staatsanwalt ist, was auch die Benennung ausspricht, nur Anwalt, der erst auf den Antrag der competenten Dienststelle zu handeln und zu seinen Handlungen im einzelnen Falle sich durch eben diesen Antrag zu legitimiren hat. Diesemnach muß man es als festgestellt ansehen, daß die Stellung eines Staatsanwaltes im Allgemeinen dieselbe ist, die einem jeden Anwalt zukömmt und daß sie nur dadurch von der Stellung anderer Anwälte sich unterscheidet, daß der Staatsanwalt ein generelles Mandat des Staates hat, auf Veranlassung der vorgesetzten Dienstbehörde eines beleidigten Staatsdieners, diesen selbst und das Interesse des Dienstes durch eine Anklage gegen den Beleidiger zu vertreten.

Sind nun die Staatsanwälte in die Kategorie der Anwälte überhaupt zu stellen *), so kann auch aus ihrer Stellung keine unumschränkte Berechtigung zur Geschäftsführung bei allen Gerichtsbehörden gefolgert werden. Ihre Wirksamkeit ist vielmehr so wie jene aller übrigen Anwälte, die zugleich Procuratoren sind, an den Gerichtsbezirk gebunden, bei welchem sie namentlich angestellt sind. Eine Ausnahme von dieser Regel ist durch kein Gesetz — insbesondere weder durch das Preß- und Ehrenkränkungsgesetz, noch durch die Rekursordnung, hinsichtlich der Staatsanwälte gemacht worden, vielmehr zeigt schon die Anstellung derselben für bestimmte Hofgerichte und das Oberhofgericht, auch die ihnen nicht überlassene, sondern durch das Großh. Justizministerium **) geschehene Ernennung ihrer Substituten nur für jene benannte Hofgerichte, wo sie selbst angestellt sind, daß keiner derselben zur indistincten Praxis bei allen Hofgerichten als legitimirt soll angesehen werden ***). Hier-

†) Keineswegs. Der Staatsanwalt hat so gut seine Competenz wie das Gericht selbst. Es handelt sich auch in concreto gerade um die Frage: ob der competente oder incompetente Staatsanwalt von der unmittelbar vorgesetzten Dienstbehörde des Beleidigten zur Erhebung der Anklage requirirt worden ist? Eben so wenig kann geläugnet werden, daß dem Staatsanwalt die Ueberwachung der Strafrechtspflege in dem Bezirke des Hofgerichts obliegt. M. s. v. Jagemanns Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. I. Bd. S. 378 ff. Die desfallsige Anführung in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist daher um so weniger irrig, als darin nirgends behauptet wird, daß der Staatsanwalt die Beleidigungen der Beamten und andern öffentlichen Diener ex officio zu verfolgen habe. D. E.

*) Statt dieser Classifizirung der Staatsanwälte hätte es wohl nur der einfachen Anführung des allein entscheidenden Grundes bedurft, daß der Wirkungskreis eines Staatsanwalts auf den Bezirk desjenigen Gerichtshofs beschränkt sei, welchem er beigegeben ist. D. E.

**) Die Ernennung der Substituten geschieht wie jene der Staatsanwälte selbst durch den Großherzog. Das neueste Beispiel hievon findet sich im Regierungsblatt von 1840 S. 303. D. E.

***) Gerade das Umgekehrte müßte richtig sein, wenn die Staatsanwälte wirklich in die Kategorie der Anwälte überhaupt zu stellen wären; da ein Obergerichtsadvokat, ein Hofgerichtsadvokat, ja selbst ein Schriftverfasser unstreitig bei allen Aemtern des Landes klagend auftreten kann. Der Staats-

Digitized by Google

aus und aus der gesetzlichen Regel, daß der Ankläger den ordentlichen Richter des Beleidigten (sollte heißen: „Beleidigers") anzurufen hat, §. 14 des Ehrenkränkungsgesetzes — folgt nun unmittelbar, daß die Großh. Kreisregierung in Rastatt, weil der Anzuklagende in den Kreis des hiesigen Hofgerichts gehört, entweder den Staatsanwalt dieses Kreises unmittelbar hätte aufrufen, oder die Großh. Kreisregierung in Kenntniß der befragten Ehrenkränkung hätte setzen, dieser die Beweismittel an die Hand geben und sie hätte ersuchen sollen, den hiesigen Staatsanwalt zur Anklage gegen den Beschuldigten aufzufordern.

A. d. Großh. ꝛc.

Bayer.

IV.

Curiosum.

Nachstehenden getreuen Abdruck eines über eine Arrestklage erwachsenen Aktenhefts mag den Beweis liefern, daß die Prozeßordnung vom Jahre 1832 bei dem Bezirksamte S. B. bis jetzt nicht eingeführt wurde.

Actum S. B. 12. Mai 1840
vor
Großherzoglichem Oberamtmann.

Augustin Meier von Au bringt gegen Augustin Zumkeller aus der Schwand zu Ueberg, gegenwärtig in Steinen, klagbar an:

Laut Handschrift vom 10. Mai 1837 habe ich für Dielenfuheen zum Pfarrhausbau in Steinen laut Schuldschein vom 10. Mai 1837 den Betrag von fl. 46 zu fordern.

Dieser Augustin Zumkeller hat nun mit seinem Vater Fr. Jos. Zumkeller aus der Schwand an diesem Pfarrhausbau bei der Großherz. Domainenverwaltung Lörrach einige hundert Gulden zu fordern und ich bitte, auf diese Forderung wegen obigen 46 fl. Arrest legen und mich dann an die Großh. Domainenverwaltung Löerach anweisen zu wollen.

u. d. u.
Augustin Meier.

T. Müller.

Da in der Gant des Michel Zumkeller von Todtmoos keine Forderung des Augustin Zumkeller vorkömmt, wohl aber eine solche des Fr. Jos. Zumkeller aus der Schwand, so sei durch

Beschluß.

Fr. Jos. Zumkeller aus der Schwand auf 24. d. M. anher vorzuladen.

Großh. Bezirksamt
E.

Beschluß vom 24. Mai 1840.

Citat. Fr. Jos. Zumkeller aus der Schwand wiederholt unter dem Bedrohen, daß er sonst durch einen Gendarmen hierher geführt würde, durch den Gerichtsboten gegen Schein auf 10. Juni d. J. Vormittags mit Augustin Meier von Au.

E.

Actum S. B. 10. Juni 1840
vor
Großherzoglichem Oberamtmann.

Auf Vorladung erscheint Fr. Jos. Zumkeller aus der Schwand und äußert auf das Gesuch des Augustin Meier von Au:

Die Forderung an die Großh. Domainenverwaltung L. betrifft eigentlich nicht mich, sondern meinen Sohn Augustin, der mit Michel Zumkeller den Accord abgeschlossen und auch die Forderung bei Großh. Domainenverwaltung L. anzusprechen hat, nun wegen seiner Abwesenheit in Steinen habe ich die Forderung liquidirt und daher auch nichts gegen den von Augustin Meier angesuchten Arrest einzuwenden.

u. d. u.
Fr. Joseph Zumkeller.

T. Müller.

Beschluß.

1) Dem Augustin Zumkeller p. req. Bezirksamt L. Abschrift des Gesuchs des Augustin Meier vom 12. v. M. gegen Schein mit dem zuzustellen, daß er darüber, und die Erklärung des Obigen am 1. August d. J. Vormittags seine Einwendungen gegen die Forderung dahier anzubringen habe, widrigenfalls er damit ausgeschlossen, die Forderung als liquid erkannt, und der angesuchte Arrest bewilligt würde.

2) Reprod. auf 1. August d. J.
Großh. Bezirksamt.
E.

S. B. den 1. August 1840.

Da kein Theil erschien

Beschluß.

Als erledigt ad acta.

E. per 2. August 1840.
Großh. Wohllöbliches Bezirksamt S. B.

Es kommt mir sehr sonderbar vor, wie Kläger Augustin Meier dazu kommt, eine Forderung gegen mich zu erheben, welche laut Schuldschein vom 10. März 1837 lediglich meinem Vater angeht, welcher aber an der Forderung von dem Pfarrhausbau in Steinen bei Großh. Domainenverwaltung L. gar keine Ansprüche zu machen hat, kann also auf gedachte Forderung kein Arrest begehrt werden, und zu diesem habe ich schon vor einigen Wochen gedachte Forderungen Kaufmann S. in L. übertragen. Ich bitte daher gegen die Forderung bei Großh. Domainenverwaltung L. keine

---

anwalt zu Rastatt hat aber seine Anklage bei dem Amte Sinsheim und nicht bei dem Hofgerichte zu Mannheim angestellt. Nach der vom Oberhofgerichte gefundenen Analogie würden auch die Staatsanwälte befugt sein, sich bei den Hofgerichten wechselseitig zu procuriren, wozu sich dieselben jedoch nicht für berechtigt halten dürften. D. E.

Digitized by Google

Arrestklage mehr anzunehmen, da dieselbe nicht mehr mein Eigenthum ist.

Steinen 20. Juli 1840. Augustin Zumkeller.

Beschluß.

Dem B. M. in Todtmoos die Akten mit dem zuzustellen, dieses dem Augustin Meier von Todtmoos zu eröffnen und die Akten von demselben bescheiniget binnen 8 Tagen wieder anher zurückzusenden.

B. den 2. August 1840.

Großh. Bezirksamt.

E.

Actum Todtmoos 10. August 1840

von dem B. M. Beisen.

Augustin Meier von Todtmoos erscheint und nach Eröffnung vorstehender Akten gibt er zu vernehmen:

Ich bin auf Samstag den 1. d. M. nicht zu Amt geladen worden, was mir der Gerichtsbote Müller bezeugen wird; die Behauptung des A. Zumkeller vom 20. Juli ist nicht gegründet, da sowohl der Accord als auch der Schuldschein von ihm und nicht von seinem Vater durch eigenhändige Unterschrift anerkannt ist, was das amtliche Protokoll vom 10. Juni d. J. ebenfalls bestätiget. Ich bitte deshalb, den Arrest in möglichster Bälde zu erkennen, den Schuldner mit seinen Einwendungen ausschließen und in die Kosten zu verfällen. Augustin Meier.

Beschluß. pr. 11. Sept. 1840.

Sämmtliche Akten werden Großh. Bezirksamte gehorsamst rückgesendet.

Bürgermeisteramt.

V. C.

1) An Großh. Bezirksamt L.

J. S. ꝛc. wird der Arrest auf das Guthaben des Augustin Zumkeller, welches derselbe aus der Gant des Michael Zumkeller am Pfarrhausbau in Steinen zu fordern hat, hiemit bewilliget, und Wohldasselbe ersucht, der Großh. Domainenverwaltung L. gegen Bescheinigung bedeuten zu wollen, daß sie von dem Guthaben des A. Zumkeller nichts unter Gefahr doppelter Zahlung, oder an den von den Creditoren des Michael Zumkeller aufzustellenden Einzelnen auszubezahlen habe, bis wieder von hierseits weitere Weisung erfolgt.

Ebenso bitten wir, den Augustin Zumkeller in Steinen zur gerichtlichen Verhandlung auf 9. September d. J. mit dem anher stellen zu wollen, daß er sonst mit seinen Einwendungen gegen die Forderung ausgeschlossen und dieselbe als liquid erkannt würde.

2) Cit. Augustin Meier zu Todtmoosau, mit allen seinen Schriften wegen Augustin Zumkeller auf 9. Sept. d. J.

K.

Actum S. B. 9. September 1840

von

Großh. Bezirksamtmann.

Auf Vorladung erscheint Augustin Meier von Todtmoosau, Augustin Zumkeller aus der Schwand z. Z. in Steinen, hat sich aber auf Vorladung nicht gestellt.

Der erstere gibt an:

ich und mein Bruder Fridolin Meier haben miteinander die Dielen von Augustin Zumkeller nach Steinen geführt, die er zum Pfarrhausbau verwendete; nun haben wir beiden Brüder miteinander abgetheilt, und bei der Theilung fiel mir die Forderung von A. Zumkeller mit 46 fl. zu.

Die hier beiliegende Handschrift, welche ich schon in meiner Klage vom 12 Mai anführte, ist von A. Zumkeller und keineswegs von seinem Vater Fr. Jos. Zumkeller unterschrieben und nur dem A. Zumkeller habe ich und mein Bruder Friedolin das Fuhrwerk geleistet.

Sollte A. Zumkeller seine Unterschrift widersprechen, so trage ich auf Vergleichung der Schriften an, und bitte, die Handschriften und Unterschriften des Zumkeller, die mehreremale in den Michel Zumkellerschen Gantakten von Todtmoos vorkommen, damit vergleichen zu lassen, wozu ich, wenn es Augustin Zumkeller darauf ankommen lassen will, Schreibverständige vorzuschlagen mir vorbehalte und meine Bitte um Zahlungsanweisung auf die Großh. Domainenverwaltung L. auf das Guthaben des A. Zumkeller und Verfällung des letztern in sämmtliche Kosten wiederholen muß.

u. d. u.

Augustin Meier.

T. Müller.

Beschluß.

Da A. Zumkeller aus der Schwand z. Z. in Steinen, auf mehrmalige Vorladung nicht erschien, so seien die Akten an das Großh. Bezirksamt L. mit dem freundlichen Ersuchen zu übersenden, den Augustin Zumkeller in Steinen über diese Angabe des Klägers und über die Unterschrift in dem Schuldscheine vom 10. Mai 1837 einvernehmen und die Akten mit seiner Vernehmlassung baldmöglich hierher zurücksenden zu wollen.

Großh. Bezirksamt.

E.

Hiermit schließen die Verhandlungen, da das Amt L. obiges Ansuchen abgelehnt hat, und zur Zeit noch nicht bekannt ist, was das Bezirksamt S. B. hierauf verfügen wird.

† † †.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des neunten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1841, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt. Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 3. Juli 1841.

I.

Katechismus des Gemeinderechts mit Erläuterungen, oder populäre Darstellung der Gesetze über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden u. s. w. im Großherzogthum Baden. 2te Aufl. Freiburg 1838.

Wenn der Verf. in der Vorrede bemerkt, es sei nicht genug, daß ein Volk gute Gesetze besitze, sondern es müsse sie auch kennen lernen, — so muß man ihm vollkommen Recht geben. Auch sein Bestreben, die Kenntniß eines wichtigen Theils unsrer Gesetzgebung bei dem Volke zu befördern, ist an sich gewiß lobenswerth; eine andere Frage ist es freilich, ob der von ihm hierzu eingeschlagene Weg der geeignetste ist. Die Popularisirung des Rechts ist eine Aufgabe, die sich schon viele große und kleine Geister gesetzt haben, und deren Lösung auf die verschiedenste Weise versucht worden ist. Aber wenige nur sind, wie unser Verf., auf die unglückliche Idee gekommen, die Gesetze den Bürgern durch Zerlegung in Frage und Antwort eintrichtern zu wollen. Ueber die Zweckmäßigkeit der katechetischen Form beim Kinderunterricht kann man streiten; aber um dem Bürger und Landmann die Gesetze verständlich zu machen, dazu ist jene Form gewiß die unpassendste und zweckwidrigste, die man wählen kann. Eine wahre Vermessenheit verdient es aber genannt zu werden, wenn der Verf. glaubt, daß diese Form gar bei den höheren Ständen und bei den Beamten Beifall finden werde. Durch eine solche Zerreißung der Gedanken wird das Verständniß des Gesetzes ungemein erschwert, statt erleichtert; und die gänzliche Geschmacklosigkeit dieser Form muß Jeden anwidern und ihm das Studium des Gesetzes selbst verleiden.

Das harte Uetheil, das über die vorliegende Arbeit hier ausgesprochen ist, wird durch Anführung einiger Probestücke mehr als hinlänglich gerechtfertigt erscheinen.

Der §. 154 des Gesetzes über die Verfassung ꝛc. ist auf folgende Weise faßlich gemacht (Seite 118):

Frage. Was kann geschehen, wenn die Zahl der auf einem abgesonderten Hofgute lebenden Menschen wenigstens auf 40 sich beläuft? (Man sollte gewiß eher jede andere Antwort erwarten, als die folgende:)

Antwort. Dann kann einem des Schreibens und Lesens kundigen Einwohner die polizeiliche Aufsicht über solche unter dem Namen Stabhalter übertragen werden.

Auf S. 300 findet sich:

Frage. Was hat es für eine Bewandtniß hinsichtlich der Gebühren, welche bei Veräußerung und Verpfändung von Liegenschaften zu beziehen sind?

Antw. Es verbleibt in dieser Hinsicht bei der Verordnung vom 2. April 1833. Regierungsblatt Nr. 15. (Wie belehrend und klar!)

Der §. 1 der Verordnung vom 2. Dec. 1836. Regierungsblatt Nr. 55 ist auf folgende Art paraphrasirt:

Frage. Was ist in jeder Gemeinde anzulegen? (Man wird hier wohl eher an Anlegung von Capitalien ꝛc. denken, als an das, wovon es sich hier handelt.)

Antw. Ein Bürgerbuch nach dem anliegenden Muster lit. A.

Das Muster, so wie überhaupt die Formularien sind glücklicherweise der katechetischen Einkleidung entgangen; auch die angehängten Generalrescripte hat der Verf. damit verschont.

An den mitgetheilten Proben wird es genügen. Indessen soll auch das Gute an der Arbeit nicht verschwiegen werden. Der Verf. hat nicht nur durch die Zusammenstellung aller auf den Gegenstand bezüglichen Gesetze und Verordnungen Vielen einen Dienst geleistet, sondern auch zu den einzelnen Sätzen mit lobenswerthem Fleiße diejenigen Erläuterungen beigefügt, welche sich aus den landständischen Verhandlungen, aus Rescripten u. s. w. ergeben. Sollte das Buch zu einer weiteren Auflage gelangen, so wird der Verf. wohl thun, dieser letzten Art der Bearbeitung eine größere Ausdehnung zu geben, den Text der Gesetze und Verordnungen aber vollkommen in integrum zu restituiren.

Ammann.

Digitized by Google

II.

J. v. Kettennaker (Hofgerichtsdirektor in Mannheim). Das Verbrechen der Ehrenverletzung. Mannheim, Schwan u. Götzische Hofbuchhandlung. 1839 *).

Diese Schrift, welche einen Beitrag zur Beurtheilung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Baden vom J. 1836 und für das Königreich Würtemberg vom J. 1835 enthält, beschäftiget sich in ihrem allgemeinen Theile mit der Erörterung folgender Fragen: Worin besteht die Ehre, jenes ideale Gut, dessen Gewährleistung von Seite der Strafgesetzgebung Bedürfniß, Postulat der Gerechtigkeit ist? (S. 1—4) Welches ist die Aufgabe der Strafgesetzgebung über diesen Gegenstand, und wie muß sie gelöst werden

1) in Beziehung auf die Feststetzung des Thatbestandes — der äußern und innern (psychologischen) Merkmale dieses Verbrechens? (S. 4—9)
2) in Beziehung auf die Interessen der Wahrheit (S. 9—16) und der öffentlichen Sicherheit? (S. 16—19)

Es wird der bestehenden Gesetzgebung Mangel an Bestimmtheit, Umsicht und Consequenz, namentlich bei der Definition der Verläumdung, und Realinjurie (S. 19—23) zum Vorwurf gemacht. Dieser Einleitung folgen sohin kritische Bemerkungen, Reflexionen und Vorschläge zu den einzelnen Paragraphen des Entwurfes. Beigefügt ist eine frühere den allgemeinen Theil ergänzende Abhandlung des Verfassers über Ehrenkränkungen und ein Auszug aus dem Würtembergischen Entwurfe. — y —.

III.

J. G. Kintzinger **). Die Gesetzgebung Badens systematisch dargestellt. Z. B. Heidelberg. Verlag von Aug. Oswald. J. 1832.

Der Verf. liefert hier einen Nachtrag zu den frühern 2 Bänden seiner systematischen Darstellung der Gesetzgebung Badens, nebst einem Anhang, womit das Werk als geschlossen erklärt wird. Da jedoch dieselben Ursachen, welche den Verf. zur Herausgabe des 3. Bandes bewogen haben, nämlich die Resultate des jüngsten Landtages und seine Ueberzeugung, daß Manches in den vorausgeschickten Bänden zu berichtigen, zu ergänzen, oder zu verbessern sei, sich in der Folge in verstärktem Maaße erneuern könnten, so scheint es mit der Erklärung des Schlusses so ernstlich nicht gemeint zu sein. Aus der Beurtheilung der ersten beiden Bände im Archiv für die Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Baden und der Erwiederung des Verf. darauf ist zu entnehmen, inwieweit dieser Sammlung und Zusammenstellung das Epithat: systematisch, welches sie sich zugreignet, gebühre.

v. Kettennaker.

IV.

Derselbe. Das Badische Landrecht nach seinen bisherigen Abänderungen bearbeitet. Karlsruhe 1835. Druck und Verlag von Ch. Th. Groos.

Der geheime Kriegsrath Vogel in Karlsruhe hat sich S. 35 der Annalen 3. Jahrgang über das Bedürfniß eines die zahlreichen Nachträge zu dem Badischen Landrecht sammelnden Werkes dahin ausgesprochen: „Jeder Geschäftsmann, dessen Beruf es ihm zur Pflicht macht, sich mit unserm Landrecht zu beschäftigen, wird es wünschenswerth und zweckmäßig finden, bei den einzelnen Abschnitten und Artikeln eine vollständige Uebersicht zu haben, ob und welche neue Gesetze und Verordnungen, Rechtsbelehrungen, öffentlich bekannt gemachte Entscheidungen der Gerichte, Schriften und Abhandlungen seit der Einführung des neuen Landrechts darüber erschienen sind.“ Diesen Wink benutzte Kanzleirath Kintzinger, indem er sich vornahm, jene Sammlung zu veranstalten, sofort bei dieser Arbeit auf eine auszugsweise Mittheilung der Quellen Bedacht zu nehmen, und das Geeignete aus der vaterländischen Literatur kurz anzudeuten. Man sieht hieraus, daß der Verf. die Gränzen jener Aufforderung überschreiten, daß er sich nämlich nicht auf das bloße Sammeln des vorhandenen Stoffes beschränken, sondern zugleich mit einer zweckdienlichen Bearbeitung desselben befassen wollte. Er hat also mehr geleistet, als man von ihm verlangte. Ob ihm Diejenigen, in deren Namen der geheime Kriegsrath Vogel eine Aufforderung in die Annalen einrücken ließ, dafür danken? — ist eine Frage, die ich nicht mit „Ja“ beantworten möchte. Wer sich vermöge seines Berufes mit dem vaterländischen Rechte beschäftiget, ist kein Freund von Auszügen und kurzen Andeutungen. Sie genügen höchst selten, während sie gar oft so beschaffen sind, daß sie Den, der sie benützt, irre führen. Es wird sich von selbst verstehen, daß ich hier vorzugsweise die auszugsweise Mittheilung der Gesetze im Auge habe, welche sich von der auszugsweisen Mittheilung von Entscheidungsgründen und schriftstellerischen Arbeiten wesentlich unterscheidet,

*) In dem Repertorium der ges. deutsch. Literatur für das J. 1839. B. 22. H. 6. S. 512. Nr. 1960 findet sich eine kurze Anzeige und Beurtheilung dieser Schrift.

**) Früher Amtmann, gegenwärtig Kanzleirath bei dem Großh. Minist. des Innern d. Kirchensektion.

Digitized by Google

obschon auch diese stets nur unter gewissen Voraussetzungen den Leser zu befriedigen vermag. So z. B. will ich gerade den Versuch machen, durch einen getreuen Auszug aus dem vorliegenden Werke, einen Beleg für meine Behauptung zu liefern, daß den Auszügen der ersten Art nicht zu trauen ist.

Der Art. 236 des neuen Landrechts verordnet: „Jede Klage auf Ehescheidung soll die Thatsachen umständlich entwickeln; sie muß mit den etwa vorhandenen Beweisstücken dem Vorsteher der Gerichtsbehörde, oder seinem Stellvertreter von dem klagenden Ehegatten in Person überreicht werden, sofern dieser nicht durch Krankheit daran verhindert ist, in welchem Fall eine Gerichtsperson auf sein Ansuchen und auf das Zeugniß zweier Gesundheitsbeamten, Aerzte oder Wundärzte, sich nach der Wohnung des klagenden Theiles verfügt, um dort die Klage in Empfang zu nehmen." Der Auszug, den uns der Verfasser S. 36 liefert, besagt: „alsdann hat derjenige Ehegatte, welcher die Trennung verlangt, seine Klage dem Richter mündlich oder schriftlich, jedoch in Person zu übergeben, wenn er hieran nicht verhindert ist. Dieser Richter ist das Bezirksamt des gemeinschaftlichen Wohnsitzes der Ehegatten". Der Unterschied zwischen dem Inhalt des Originaltextes und der Erläuterung desselben durch den Verfasser springt in die Augen. Man wird sein Abweichen von dem Wortlaute des Gesetzes nur um so tadelnswerther finden, wenn man, wie er, die Vorschriften über das Verfahren als wesentlichen Theil des Rechts selbst ansieht. — Ein weiterer Uebelstand scheint mir noch darin zu liegen, daß man oft nicht weiß, ob der Verf. aus dem Gesetzbuch referirt, oder als Dozent (Ausleger des Gesetzes) sich vernehmen läßt. Derselbe hätte die Gesetze, wodurch einzelne Sätze unseres neuen Landrechtes seit dem Zeitpunkt seiner Einführung aufgehoben, ergänzt, erläutert oder abgeändert wurden, ihrem wörtlichen Inhalte nach aufnehmen, und auf die literarischen Erscheinungen am geeigneten Ort und auf geeignete Weise aufmerksam machen sollen. Statt diesen Weg einzuschlagen, giebt er uns eine Reihe von Lehrsätzen, ein Handbuch, dessen Grundlage aus den Resultaten einer schwankenden Praxis, oft nur aus der unmaaßgeblichen Ansicht irgend eines inländischen Praktikers, und einer ihren Gegenstand nicht immer bei der Wurzel erfassenden, jedenfalls aber ohne sorgfältige Auswahl benutzten Literatur besteht. Wenn der Verf. dem Nichtjuristen, dem allerdings mancherlei willkommene Aufschlüsse ertheilt werden, durch die Herausgabe dieses Werkes auch wirklich einen unverkennbaren Dienst leistete, so dürfte doch der Gewinn, den die Juristen daraus ziehen, nicht so hoch anzuschlagen seyn.

v. Kettennaker.

V.

Derselbe. Die katholische Kirchenregierung und das landesherrliche Schutz- und Aufsichtsrecht im Großherzogthum Baden aus offiziellen Quellen bearbeitet. Karlsruhe, Druck und Verlag von Chr. Th. Groos. J. 1838.

Kanzleirath Kintzinger theilt uns in dieser Schrift mit, was er über das Verhältniß des Papstes, des Erzbischofs — beziehungsweise des erzbischöflichen Domkapitels und Ordinariates — und des badischen Clerus zur Großherzoglich badischen Regierung aus den Bullen: „provida solersque" und „ad dominici gregis custodiam", ferner aus andern Quellen, insbesondere auch aus Akten und gedruckten Privatarbeiten geschöpft hat. Er beschreibt uns sofort den Wirkungskreis der katholisch kirchlichen Behörden, und die Art und Weise, wie die katholische Kirchensektion das Schirm- und Aufsichtsrecht in Kirchen-, Schul- und Stiftungssachen neben, oder den kirchlichen und übrigen weltlichen Behörden gegenüber ausübt. §. 20 u. 21 des Schutzrechts erfahren wir, daß die Prüfung und Abhör der Intercallarrechnungen bei der Existenz von 840 Pfarrei- und Kaplaneipfründen ein bedeutendes Geschäft, der Wirkungskreis dieser Stelle überhaupt sehr ausgedehnt, daher der Beitrag von 14,000 fl., welchen der Staat zur Regiekasse leiste, im Verhältniß zur katholischen Bevölkerung des Landes und zu dem Betrage, den die evangelische Sektion erhalte, zu gering sei. In Ermangelung einer Einleitung und Vorrede, läßt sich schwer ermitteln, welcher Zweck dem Verfasser bei dieser Arbeit vorgeschwebt hat. Wer durch seinen Beruf in die in Frage stehenden Verhältnisse auch nur zum Theil eingeweiht ist, wird in dieser Schrift nichts finden, was den Kreis seiner Kenntnisse vermehren könnte. Dem Uneingeweihten hingegen wird eine Belehrung in kurzen, unvollständigen Umrissen und Andeutungen nicht genügen.

Jedenfalls hätte der Verf. aus dem Titel die Worte: „aus offiziellen Quellen" streichen, oder nach dem Beiwort offiziellen die Worte: „nicht offiziellen" beifügen sollen; denn derjenige, welcher in Gemäßheit des Titels eine auf offiziellen Quellen beruhende Darstellung verlangt, wird sich gewiß getäuscht finden, wenn er am Ende der Schrift die Versicherung des Verf. liest, daß er auch nicht offizielle Quellen benutzt habe.

v. Kettennaker.

VI.

Ludw. Lankhard [Großh. Bad. Ministerialrath*)]. Rechtsfälle mit Entscheidungen der französi-

*) Jetzt Oberhofgerichtsrath.

Digitized by Google

schen und belgischen Gerichtshöfe. Zur Erläuterung des französischen Civilrechts mit Rücksicht auf das badische Landrecht. Mannheim, Verlag der Schwan u. Götzischen Buchhandlung. B. I. II. III. J. 1834—1840.

Es gehört gewiß nicht zu den für Deutsche erbaulichen Erscheinungen unserer Zeit, daß wir, um uns in den einheimischen Gerichtssälen zurechtzufinden, die Praxis französischer und belgischer Gerichtshöfe kennen lernen, zu diesem Ende ihre Sprache studiren und ihre kostspieligen, bändereichen Werke anschaffen, oder zu deutschen Bearbeitungen, welche aus auswärtigen Quellen schöpfen, unsere Zuflucht nehmen sollen. Das französische Civilgesetzbuch hat, wie der Herausgeber dieser Rechtsfälle selbst anerkennt, bedeutende Lücken und Mängel, welche durch die Doctrin und Erfahrung ausgefüllt und ergänzt werden müssen. Auch an deutschen Gesetzbüchern könnten die bezeichneten Lehrmeister ihre Kräfte üben; ihr Einfluß würde gewiß nicht minder segensreich seyn. Indessen besitzen wir einmal das französische Civilrecht, wenn auch mit vielen Zusätzen und Abänderungen, insbesondere mit Beibehaltung des römischen Rechtes als subsidiäre Rechtsquelle. Ein Unternehmen, welches, wie das gegenwärtige, sich die Aufgabe stellt, uns die Bekanntschaft mit der fortschreitenden Cultur des französischen Civilrechtes zu erleichtern, kann daher — abgesehen von den Vortheilen, welche dasselbe dem Freunde rechtswissenschaftlicher Forschungen überhaupt gewährt, für den praktischen Juristen unsers Landes nur nützlich und erwünscht sein. Es verdient darum das vorliegende Werk, welchem sich ein ähnliches Unternehmen des Hrn. Oberhofgerichtsraths (nunmehrigen Hofgerichtsdirektors) Trefurt, Hofgerichtsrath Sommer und Rechtspraktikant Ammann in Mannheim angeschlossen hat *), unsere volle Anerkennung.

Der Erfolg einer solchen Sammlung hängt jedoch davon ab, daß 1) unter den disponiblen Fällen eine sorgfältige Auswahl getroffen wird. Sie wird sich auf das Interessanteste beschränken, das Bedürfniß des Badischen Juristen ganz vorzugsweise ins Auge fassen und eine der gefährlichsten Klippen: Die ungebührliche Vermehrung der bereits bestehenden Controversen — zu vermeiden suchen. Es giebt Zweifel und Bedenklichkeiten, zu welchen nicht der Gesetzgeber, sondern der Richter den Grund gelegt hat. Controversen dieser Art, welche aus der verkehrten Anwendung des Gesetzes hervorgehen, werden zwar durch die Doctrin, oder in Folge eines Ausspruches der Cassationsbehörde, aber oft erst nach langer Zeit wieder beseitiget. Ihre Bekanntmachung wird immer nachtheilig sein, weil sie zu unglücklichen Prozessen Anlaß giebt, und den Richter, der sich lieber der Autorität, als den mühsam errungenen Resultaten eigener, strenger Prüfung unterwirft, gerne zu beschleichen pflegt. 2) Daß die Doctrin mit der Praxis sich verbinde, demnach die Literatur überall, wo sie erhebliche Aufschlüsse darbietet, benützt, endlich 3) so oft es die Beschaffenheit der Rechtsfrage oder die Entscheidungsgründe nothwendig machen, das Factum in gedrängter Kürze mitgetheilt werde.

Das Bestreben des Verf. ging augenscheinlich dahin, diese Bedingungen einer gedeihlichen Lösung seiner Aufgabe zu erfüllen. Er benützte hauptsächlich das bekannte Werk von Sirey: Recueil général des lois et des arrêts etc.

Unter den Schriftstellern, auf die er sich bezieht, finden wir die ehrenwerthen Namen: Locré, Merlin, Toullier, Duranton, Grénier, Troplong, Pigeau, Duvergier, Pothier, Zachariä u. a. m.

Die Summe der Rechtsfälle, welche er in den bis jetzt erschienenen drei Bänden liefert, beläuft sich auf 176. Sie verbreiten sich über alle Titel unseres Landrechtes, einschließlich des Handelsrechtes. Zum Behufe des Nachschlagens ist jedes Heft mit einem Verzeichniß der darin erörterten Streitsagen, und jeder Band mit einem Sachregister versehen. Am Schlusse des dritten Bandes ist ein Verzeichniß der erläuterten Gesetzesstellen beigefügt. Hinsichtlich des Sachregisters möchte ich mehr Aufmerksamkeit anempfehlen. Halten wir uns z. B. an die Frage: ob der bloße Besitz einer Originalschuldverschreibung die gesetzliche Vermuthung für die Erlassung (beziehungsweise Tilgung) der Schuld begründe? welche Frage im 2. Bande Rechtsfall Nr. 47. S. 313 erörtert ist; so sind die Hauptbegriffe, welche dieses Thema berühren: gesetzliche Vermuthung, Schuldverschreibung, Besitz der Schuldurkunde, Zurückgabe derselben, Beweis der Zahlung, Tilgung, Erlassung der Schuld. Wir werden nun unter allen diesen Rubriken im Sachregister nach dem fraglichen Rechtsfall fahnden, seiner aber vielleicht erst zuletzt unter: Erlassung der Schuld, in welcher er daselbst eingetragen ist, habhaft werden. Das Bedürfniß der Ausführlichkeit des Sachregisters einer solchen dem praktischen Juristen gewidmeten Sammlung steigt mit der Zunahme der Größe derselben. Bei der Fortsetzung des Unternehmens wäre zu wünschen, daß das Sachregister vervollständiget würde. Es wird dadurch der Gebrauch des verdienstvollen Werkes

*) Nach einer neuerlichen Anzeige in den Annalen (Nr. 52. J. 1840) hat Hofgerichtsrath Sommer in Mannheim die Fortsetzung dieser Rechtsfälle übernommen, und auf die laufenden Jahre ausgedehnt, wogegen die Annalen von 1841 an sich darauf beschränken wollen, nur die einzelnen (auf unser Civilrecht bezüglichen) Rechtsfragen mit kurzer Angabe des als entscheidend angenommenen Grundes aufzunehmen, in Beziehung auf die thatsächlichen und rechtlichen Ausführungen aber auf die Sommerschen Rechtsfälle zu verweisen.

Digitized by Google

erleichtert, und dessen wohlthätiger Einfluß auf die Praxis des Rechtes vermehrt. v Kettenacker.

VII.

Ern. J. Pfister (Justizamtmann). Geschichtliche Entwickelung des Staatsrechts des Großherzogthums Baden und der darauf bezüglichen öffentlichen Rechte. Erster Theil 1836. Aeußere Staatsverhältnisse des Großherzogthums. Verfassung seines Regentenhauses. Zweiter Theil 1838. Innere Staatsverhältnisse des Großherzogthums. Allgemeine Grundlage der innern Staatsverfassung und ihre besondere Beziehung zu den bürgerlichen und kirchlichen öffentlichen Rechtsverhältnissen der Einwohner. Heidelberg, August Oswald's Universitätsbuchhandlung.

Der Verf. beabsichtigt, uns eine Darstellung der Verfassung des Großherzogthums, als eines deutschen Bundesstaates, nach seinen äußern und innern Verhältnissen mit Rücksicht auf ihre Entwickelungsgründe zu liefern. Sein Werk soll kein schulgerechtes Lehrbuch sein, sondern dem Studium unsers Staatsrechtes zur Einleitung dienen, indem es durch sein Zurückgehen auf die frühern politischen Zustände, und durch eine gewissenhafte Verfolgung des Entwickelungsganges unserer staatsrechtlichen Verhältnisse zeigt, „welche erfolgreiche Sorgfalt die zeitherigen Großherzoge, selbst unter den schwierigsten Umständen, für die Erhaltung der Selbstständigkeit und Integrität des badischen Staates, für die Einführung und Vervollkommnung zeitgemäßer Institutionen, so wie für die Fortbildung und materielle Wohlfahrt der Staatsgesellschaft bisher bethätiget haben" (Vorrede zum 1. B. S. 4 u. 5).

Der erste Band enthält eine durch eine weitere Abtheilung vermehrte Wiederauflage der schon im J. 1829 von dem Verfasser herausgegebenen „geschichtlichen Darstellung der Staatsverfassung des Großherzogthums und der Verwaltung desselben" (Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung 1. B. 2. H. S. 284. Nr. 18). Wir erhalten S. 3. der Vorrede hierüber folgende Aufklärung: „Bald nach der Erscheinung (jener Darstellung, deren Fortsetzung der Verf. in seiner damaligen Vorrede zusicherte) ließen sowohl das Ableben des Großherzogs Ludwig, als die in dem benachbarten Frankreich eingetretenen Julierereignisse des Jahres 1830 Veränderungen in dem politischen Zustande von Baden, so wie des westlichen Deutschlands besorgen, und machten es rathsam, vorderfamst die Lösung dieser Besorgnisse abzuwarten, ehe zur Herausgabe der Fortsetzung fürgeschritten werde: jetzt, da inzwischen jene Phänomene ohne Einwirkung auf das Großherzogthum glücklich vorübergegangen sind, und seine äußern Verhältnisse wie seine innern Einrichtungen eine solche Vervollständigung erhalten haben, daß eine wesentliche Veränderung in denselben fernerhin nicht zu erwarten ist, halte ich es für zeitgemäß, mein Vorhaben auszuführen; allein eben diese Vervollständigung bestimmt mich, dem Buch eine andere Richtung und Eintheilung zu geben." Der Verf. fordert hierauf die Besitzer jenes ersten Theiles auf, solchen mit dem gegenwärtigen ersten Theile auszutauschen. Die in der 2. Abtheilung des 1. Bandes (Theiles) hinzugekommenen Rubriken sind: erster Abschnitt. 1) Auflösung des rheinischen Bundes. Errichtung des teutschen Bundes S. 267—354. 2) Frankfurter Territorialrezeß. Staatsverträge mit den Nachbarstaaten über Territorialverhältnisse und nachbarliche Anstände S. 355—369. 3) Erörterung der Ansprüche der Krone Baiern an Landestheile des Großherzogthums. Uebereinkunft mit Würtemberg und Hessen über die Partikularverfassung der Condominate Widdern und Kürnbach S. 370—419. 4) Beitritt des Großherzogthums zum deutschen Zollvereine S. 420—492. 5) Veränderungen in der Gränznachbarschaft, den Inclaven, Staatsberechtigungen und Verbindlichkeiten des Großherzogthums; seine äußere Staatsbegründung. Umfang seines äußern Staatsrechts S. 493—500.

Zweiter Abschnitt. 1) Weitere Ausbildung der Verfassung des Großherzoglichen Hauses, Hofhaltung und Organisation der Hofverwaltungsbehörden. 2) Domänen und Lehen. 3) Vorrechte des Großherzoglichen Hauses. In dem zweiten Bande macht uns der Verf. nach einigen Vorerinnerungen über die beiden allgemeinen Grundlagen unserer innern Staatsverfassung, nämlich: persönliche Freiheit aller Einwohner, und constitutionelle, d. i. durch den Grundsatz volksthümlicher Repräsentation beschränkte Regentschaft — mit jenem Theile unseres innern Staatsrechtes bekannt, welcher das öffentliche Recht der Unterthanen im Allgemeinen und der verschiedenen Stände derselben insbesondere, so wie der Kirchen des Großherzogthums in sich begreift. Diesen Theil hat der Verf. allegorischer Weise in dem untern Stock (Geschoß) seines constitutionellen Gebäudes untergebracht, während er im obern Stockwerk (Belletage) das badische Verfassungsrecht sammt den einbegriffenen politischen Berechtigungen der Einwohner und das Verwaltungsrecht der Regierung aufnehmen, sofort in der Ueberdachung das aus der constitutionellen Machtvollkommenheit entwickelte Souverainetätsrecht des Großherzogs darstellen will (S. 27. §. 13). Bei dem engen Zusammenhang der hier zu verhandelnden Gegenstände fällt es schwer, eine streng logische Sonderung zu Stande zu bringen. In der Ausführung ist der Verf. wenigstens

Digitized by Google

zum Theil wieder davon abgewichen, indem er z. B. den politischen öffentlichen Rechtszustand des Staatsbürgers, der nach seinem Systeme in die zweite Abtheilung gehört, in der ersten bespricht (S. 54 §. 4) und ebenso im 2. Absch. bei dem Capitel von dem Bürgerstande das Verwaltungsrecht der Regierung zur Sprache bringt (S. 200, 204, 208, §. 26. u. 27).

Es wird jedoch weniger darauf, wie der Stoff geordnet wurde, als auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Darstellung desselben ankommen. Wenn in dieser Beziehung auch einzelne Stellen einer Ergänzung und Berichtigung bedürftig sind, wie dies z. B. hinsichtlich der Bemerkung zu dem Artikel „Der gefreite Gerichtsstand der Staatsdiener" der Fall ist, wo es am Schlusse heißt: „und eben so tritt durch sie (die Canzleisäßigkeit des Beklagten) hinsichtlich der Rechts- und Landespolizei, auch bei Regierungs- und Criminalsachen keine Ausnahme von dem allgemeinen Gerichtsstand ein," der Fall ist, da die Staatsdiener wirklich von der Strafgerichtsbarkeit der Bezirksämter ausgenommen sind [M. s. die Verord. im Reg.-Bl. J. 1806. S. 27. lit. b. J. 1809. S. 427. §. 14. J. 1810. Nr. 52. J. 1813. Nr. 13. J. 1819. S. 17. §. 17*)], wie man es ferner für einen Mißstand ansieht, daß Manches getrennt ist, was zusammengehört, z. B. das, was der Geistliche in seiner Eigenschaft als Kirchen- und Staatsdiener — als Führer der Kirchenbücher, als Organ der Landesherrlichen Oberaufsichtsbehörde in Kirchen-, Schul- und Stiftungssachen zu thun und zu lassen hat (S. 471, 491, 493, 504, 537, 588), wenn man aus demselben Grunde bei dem Capitel: „öffentlicher Unterrichte" die Gymnasien und Lyceen, die ich nirgends aufgefunden habe, sodann die theologischen Seminarien zu Freiburg und Heidelberg, und die Seminarien für weibliche Lehrerinnen (deren S. 506, 507, 543 Erwähnung geschieht) vermißt und die öffentlichen Rechte des Lehrstandes von dem 3. Abschn. in den 2., welcher von den Standesrechten handelt, versetzen möchte; so wird man doch im Ganzen die Aufgabe, welche sich der Verf. stellte, auf eine befriedigende Weise gelöst finden, und darum kleinere bei einem so schwierigen Unternehmen kaum vermeidbaren Verstöße gerne übersehen.

Ich wende mich hiernach zu dem Inhalt des 2. Bandes. Der Verf. handelt zuerst I. von dem öffentlichen Rechte 1) der Fremden (Gastfremde, Schutzgenossen, Einsassen); 2) der Inländer (Staatsbürger); 3) der Staatsangehörigen — der Juden, Auswanderer, welche ohne eine neue Heimath zu erwerben, in das Vaterland zurückgekehrt sind, unehelicher Kinder, im Auslande von einer Inländerin geboren ꝛc. (S. 28—87). Er erörtert sodann II. die besondern Standesrechte der Inländer (Staatsbürger und Staatsangehörigen) 1) des Bürgerstandes (der Gemeindeangehörigen, Ortsbürger); 2) der Staatsdiener; 3) des Adels- und 4) Militair-Standes (S. 88—434); und befaßt sich zuletzt III. mit der Darstellung der kirchlichen Verhältnisse und des öffentlichen Unterrichtes (S. 435—647).

Die beiden weitern Theile des innern Staatsrechtes sind einem dritten (vielleicht auch vierten Bande) vorbehalten.

Die Eintheilung des Verf. hat übrigens das Gute, daß jeder Theil ein — wenn auch mit den übrigen Theilen zusammenhängendes — doch für sich abgeschlossenes Ganzes bildet, mithin unabhängig von seinen Begleitern benutzt werden kann.

Ref. nimmt keinen Anstand, die vorliegende Arbeit für eine werthvolle zu erklären. Jedenfalls ist er überzeugt, daß selbst die befangenste Kritik das Verdienst nicht schmälern werde, welches sich der Verf. S. 5 der Vorrede vindizirt, wo er sich bezüglich auf die Kundgebung einer die glückliche Lösung seiner Aufgabe verneinenden oder in Zweifel stellenden Meinungsverschiedenheit dahin äußert: „Immerhin wird mir die Beruhigung bleiben, von der in dieser Weise zu Tag geförderten Wahrheit den Schutt hinweggeräumt zu haben, unter welchem dieselbe bisher begraben lag. Eben so wird mich, wenn an der Art der Ausführung meines Unternehmens überhaupt Ausstellungen gemacht werden sollten, die Ueberzeugung beruhigen, durch die geschichtliche Bearbeitung der ersten 30jährigen Periode des souverainen Staatenlebens unseres Großherzogthums eine feste Grundlage für die fernere wissenschaftliche Cultivirung seines Staatsrechts geliefert, und durch die Zusammenfügung der in dieser vielbewegten Zeit stückweis angefertigten Theile unseres Staatsgebäudes die Uebersicht des Ganzen und das Zurechtfinden in demselben erleichtert zu haben."

Der erste Theil dieses Werkes ist Sr. Excellenz dem Freiherrn v. Reitzenstein, der zweite dem Großh. Staatsrath Dr. Friedr. Nebenius gewidmet. v. Kettenacker.

*) Hier ist jedoch zu bemerken, daß der Verfasser den Staatsdienern nicht in Bezug auf Strafsachen überhaupt, sondern nur in Bezug auf Criminalsachen, den allgemeinen Gerichtsstand anweist, unter den Criminalsachen aber, wie gewöhnlich, nur diejenigen Strafsachen versteht, welche die amtliche Kompetenz übersteigen und überall vom Hofgerichte in 1. Instanz abgeurtheilt werden. D. Red.

VIII.

Sander (Medizinalrath). Obergerichtsärztliche Gutachten über Nichttödtliche und Tödtliche Verletzungen. Karlsruhe bei Georg Holtzmann J. 1440.

Der Verf. übergiebt dem Publikum eine Sammlung seiner bei dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises erstatteten

Digitized by Google

Obergutachten in folgender Classifikation: 1) Nichttödtliche Verletzungen — a) leichte, b) schwere, c) gefährliche. 2) Tödtliche Verletzungen — a) gerichtlich nicht tödtliche, b) bedingt und nicht nothwendig tödtlich, c) unbedingt und nothwendig tödtlich. Die Eintheilung der nicht-tödtlichen Verletzungen entspricht unsern strafrechtlichen Bestimmungen, jene der tödtlichen hingegen weicht davon ab. Es liegt im Begriffe der Tödtung, daß der Tod wirklich erfolgt, und daß dieser Erfolg in der Handlung desjenigen gegründet sei, dem die Handlung als das Verbrechen der Tödtung zugerechnet werden soll. Aber die Handlung selbst erscheint als mehr oder minder erschwerend für den Inkulpaten, je enger oder weiter die Verbindung ist, welche zwischen ihr und dem eingetretenen Erfolge besteht. Demnach ist die Tödtung strafbarer, wenn die Handlung des Inkulpaten so beschaffen war, daß sie unter allen Umständen und gegen jeden Menschen jenen Erfolg herbeiführen mußte; sie ist minder strafbar, wenn sie den Erfolg nur in concreto z. B. in Folge einer dünnen Hirnschale des Verletzten oder anderer dem Thäter unbekannten körperlicher Gebrechen des Erstern hervorbrachte, oder wenn der Erfolg zugleich auch in anderen, dem Inkulpaten nicht beizumessenden Ursachen seinen Grund hatte, z. B. in einer kunstwidrigen Behandlung von Seiten des Arztes, in groben Excessen von Seiten des Verletzten, in einer später hinzugefügten Mißhandlung von Seiten eines Dritten, oder in einem durch die That nicht herbeigeführten hilflosen Zustande u. dgl. Darum hat unsere Strafgesetzgebung, welche, weil sie die Tödtung bestrafen will, den gewaltsamen Tod in Beziehung auf den Urheber desselben abfassen und darstellen muß, in Uebereinstimmung mit der Lehre des gemeinen Rechts 3. Grade der Tödtlichkeit angenommen, indem sie absolut (in abstracto) tödtliche Verletzungen, von an sich (in concreto) tödtlichen, und diese wieder von zufällig tödtlichen unterscheidet. Ich glaube nicht, daß der Gerichtsarzt eine von dem Gesetze abweichende Meinung geltend machen darf. Der Verfasser erklärt sich darüber in einer dem Werke einverleibten Rede, die er den 16. Sept. 1838 in einer Sitzung des badischen Vereins für Staatsarzneikunde zu Freiburg gehalten hat: Es scheint, daß der badische Gerichtsarzt, so lange unser Strafedikt mit diesen Bestimmungen besteht, in der Entscheidung vorliegender Todesfälle an diese Eintheilung gebunden ist. Ich meines Theils halte mich hieran nicht gebunden, weil auf diese verschiedenen Stufen tödtlicher Verletzungen vom Gesetzgeber kein bestimmtes Strafenmaaß (?) gesetzt ist, und gesetzt werden konnte, wie dies doch bei den nicht-tödtlichen Verletzungen §. 71 geschehen ist, weil der vom Arzt bezeichnete Grad der Tödtlichkeit der Verletzung in das richterliche Urtheil nicht aufgenommen wird, weil fernerhin die ganze Eintheilung an sich fehlerhaft und insbesondere die Begriffsbestimmung der beiden unteren Stufen so unvollkommen sind, daß ich sie mir nicht klar denken, daß ich sie gegebenen Falls sicher nicht anwenden kann. Er hat mittlerweile seine Ansicht in einer weiteren Rede — gehalten am 13. Aug. 1840 zu St. Landolin — zu begründen gesucht (Man siehe die Annalen Jahrg. 1840, Nr. 39 und 40.), dürfte jedoch aus der ausführlichen Anmerkung der Redaktion dieser Blätter die Ueberzeugung geschöpft haben, daß sich das Gesetz allerdings mit Sicherheit anwenden lasse, wenn auch seine Fassung (was ich gerne zugebe,) nicht fehlerfrei ist, — daß mithin ein entscheidender Grund der bisherigen Renitenz des Verfassers wegfalle. Welchen Gewinn die Wissenschaft von seiner Klassifikation zeige, sehe ich vor der Hand nicht ein. Ich muß vielmehr mit derselben Freimüthigkeit, welche der Verfasser in Beurtheilung unseres Strafedikts offenbart, gestehen, daß ich eine Verletzung, die ihrem natürlichen Bestande oder irgend einer nichtjuridischen Beziehung nach tödtlich, gerichtlich oder juridisch genommen, hingegen nicht tödtlich ist, — daß ich überhaupt eine nicht tödtliche Verletzung als eine Species der tödtlichen Verletzungen nicht zu begreifen vermag. Unser Gesetz unterscheidet übrigens bei den nicht tödtlichen Verletzungen noch weiter zwischen absolut tödtlichen, unter Umständen tödtlichen, schädlichen und nicht schädlichen Waffen, (Werkzeugen-Instrumenten) deren sich der Thäter bediente. Auch diese Abtheilung ist von großer Wichtigkeit, und die Ansichten der Gerichte sind oft sehr verschieden, da es häufig mehr auf die Art des Gebrauches, als auf die Beschaffenheit des Instrumentes ankömmt. Der Verfasser hatte Gelegenheit, sich hierüber auszusprechen; er würde manchem Wunsche zuvorgekommen sein, wenn er sie benutzt hätte. Die Zahl der Gutachten, welche der Verfasser hier veröffentlicht, beläuft sich auf 97. Es sind überall die hofgerichtlichen Urtheile, und bei den Untersuchungen wegen Kindestödtung sogar die richteramtl. Entscheidungsgründe beigefügt. Durch die Herausgabe beabsichtigte derselbe, nicht nur von seinem Wirken als Obergerichtsarzt Rechenschaft zu geben, sondern auch der Gerichtsarzneikunde, in deren Gebiet sich noch viele einer Verbesserung bedürftigen Stellen befinden, einen Dienst zu erweisen. Unstreitig ist dieser Zweck ein löblicher, und die Art und Weise wie er denselben verfolgt, wohl geeignet die Theilnahme des Publikums zu erwecken.

v. Kettenacker.

IX.

Seng (Amtmann). Erläuterungen zur Großherzogl. Badischen neuen Prozeßordnung. Freiburg in der Herder'schen Buchhandlung. 1836. 192 Seiten.

Unter diesem Titel liefert uns Amtmann Seng eine Reihe von Noten zu den einzelnen §§. der neuen Prozeßordnung, welche theils Auszüge aus den Jahrbüchern des Oberhofgerichts, den Annalen der badischen Gerichte, dem Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung des Großherzogthums Baden und anderen über das vaterländische Recht erschienenen Schriften, desgleichen aus den Regierungsblättern und den Rescripten und Memmorablien-Bücher der Obergerichte, theils bloße Hinweisung auf den Inhalt derselben und verwandte Gesetzesstellen enthalten. „Das Werk," bemerkt derselbe, — „soll kein gelehrtes sein, sondern der Richter, dem die Zeit nach dem Verhältniß seiner Geschäfte so sparsam zugemessen ist in Auffindung dessen, was er oft bedarf, viele Mühe ersparen." Es nimmt darum dieses Werk seine Stelle unter den Sammlungen ein, deren Gebrauch dem Geschäftsmanne allerdings von Nutzen sein kann, wenn sie mit der gehörigen Sorgfalt angelegt und bearbeitet sind.

Diese Erläuterungen sind jedoch weit davon entfernt, meine Ansprüche an ein solches Unternehmen ganz zu befrie-

Digitized by Google

digen. Die Parallelstellen sind weder richtig, noch vollständig aufgeführt. Bei dem § 175 hätte z. B. der Verfasser auf die §§. 673 b. 1175 a. und 1244 b. aufmerksam machen sollen, weil alle diese Paragraphen von dem Erkenntniß über den Kostenpunkt handeln, sich berichtigen und ergänzen. Statt dessen citirt er die §§. 673 b. 1115 und 1249, welch letztere sich mit einem dieser Materie fremder, die Prozeßkosten nicht berührenden, Frage befassen.

Auf gleiche Weise zieht derselbe einzelne Bestimmungen unter die von dem Gesetz aufgestellte Regel, nicht weil sie darunter gehören, sondern weil sie in einiger Beziehung zu derselben stehen. Daher kömmt es, daß in der Erläuterung zu dem §. 673 unter den Fällen, in welchen das abgekürzte Verfahren Statt findet, sub lit. k. alle in dem Gantverfahren vorkommenden Prozeßverhandlungen (Omnia), so fort sub lit. g. die geringfügigen Ganten (non nulla alia) aufgezählt sind.

Ein weiterer Fehler scheint mir darin zu liegen, daß er die Stellen aus literarischen und legislativen Quellen nicht mit Anführungszeichen versieht. Das zweite membr. der Erläuterung zu §. 1178 ist wörtlich aus v. Weilers Motiven zum §. 1183 aufgenommen. Hier wurde also nicht einmal der Verfasser genannt, was sonst, wiewohl nicht immer auf eine angemessene Weise (wie z. B. bei 401, wo v. Weiler zuerst hätte angeführt werden sollen) geschah.

Ueberhaupt ist die Literatur nicht mit gehöriger Umsicht benutzt worden. Es sind (obgleich der Verfasser manche wichtige Verordnung unbeachtet ließ — z. B. in Betreff der von den Anwälten vorzuschießenden Kosten, wie seine Partei im Auslande wohnt, oder aus Streitgenossen besteht. Rg. Blatt 1834 S. 268 bei seinen Bemerkungen zu §. 171), der Citaten zu Viele, und es wird dem Leser nicht einmal angedeutet, welche Resultate ihm, wenn er sich der Mühe des Nachschlagens unterwirft, zu Theil werden.

v. Kettennaker.

X.

Derselbe. Katholische Kirchen-Kommissionsordnung mit Erläuterungen für das Großherzogthum Baden. Freiburg im Breisgau. Druck und in Kommission bei Friedr. Wagner.

Diese Schrift enthält eine Sammlung und Zusammenstellung aller in den Wirkungskreis der badischen, katholischen, obern Kirchenbehörde einschlagenden weltlichen und kirchlichen Gesetze und Verordnungen in Zusätzen zu den §§. der landesherrlichen Kirchen-Kommissionsordnung v. J. 1803. Wir besitzen bereits eine auf ähnliche Weise veranstaltete neue Auflage der Ehevordnung von demselben Verfasser, welche ihrem Zwecke die in Frage stehenden Verhältnisse näher aufzuklären einst entspricht. (R. s. Archiv für die Rechtspfl. und Gesetzgebung. I. Bd. 3. H. S. 468). Referent hat das damalige Unternehmen mißbilligt; er muß aus denselben Gründen auch der gegenwärtigen Arbeit, die sich mit Unrecht den Namen eines Kommentars beilegt, seinen Beifall versagen, obgleich er sie, da sie beachtungswerthe Materialien zusammenträgt, gerade nicht für nutzlos erklären will.

v. Kettennaker.

Curiosa.

1. In einem Protokoll über die vom Amt und Physikat gemeinschaftlich vorgenommene Gefängnißvisitation heißt es:

„Man ließ sich sämmtliche Gefängnißzimmer öffnen, und hat solche im Wesentlichen mit den Bettstätten in ordentlichem und reinlichem Zustande befunden, nur erscheint die Reinigung der Kopfsäcke des obersten linken und des untersten Gefängnisses für nothwendig. Jede der verhafteten Personen hat man über ihre Behandlung und Verpflegung während des Untersuchungs- oder Strafarrests befragt, und hatte keine, mit Ausnahme eines der oben erwähnten Kopfsäcke, irgend eine Beschwerde vorzubringen ꝛc. ꝛc."

2. Ein Schuldner forderte angeblich zu viel bezahlte 50 fl. 34. kr. nebst Zinsen vom Gläubiger klagend zurück, worauf ihm von dem Amte am 14. Sept. rescribirt ward:

„Da diese wiederholt angestellte Klage schon durch rechtskräftiges und bereits in Vollzug gesetztes Erkenntniß erledigt, solche zudem undeutlich und die angeführten Thatsachen unvollständig vorgebracht, somit dieser Klagvortrag ganz mangelhaft und eben so wenig in Rechten begründet ist, anderer Mängel nicht zu gedenken, so geht derselbe an den Kläger als unberücksichtigend und völlig zwecklos zurück." Dagegen zeigte der Anwalt des Klägers die Appellation an, und bat um Einsendung der Akten.

Hierauf wurde ihm unterm 28. Okt. zu erkennen gegeben:

„Da die klägerische Eingabe in formeller Hinsicht vollständig mangelhaft war, und sich in materieller Hinsicht als in Rechten nicht begründet dargestellt hat, so hat man solche dem Kläger unter Bezeichnung des fehlerhaften br. m. zur Verbesserung und Nachholung ꝛc. zurückgegeben, auch da der Sachverhalt diesseits nur allzuwohl bekannt, den Kläger als einen wenig Bemittelten auf die Folgen eines frivolen Prozesses, den ihm sein früherer Anwalt zu führen versagte, anbei aufmerksam gemacht. Da daher in diesem Betreff noch keine geeignete und förmliche Klage eingekommen, und auch keine Verhandlungen hierauf gepflogen und kein Rechtserkenntniß ertheilt ist, so kann somit bei diesem Sachverhalt von einer Appellation nicht die Rede sein, und bleibt ihm überlassen, hierauf das weiter Geeignete vorzukehren."

3. Gegen den wegen Ehrenkränkung auf Erkennung einer 14tägigen Gefängnißstrafe gestellten Antrag des Anklägers erkannte das Amt nur auf eine solche von 4 Tagen, und motivirte diese Ermäßigung folgendermaßen:

„Diebstähle sind nach der allgemeinen Meinung entehrende Vergehen; bei ersten und kleinen Diebstählen ist nur eine 8 bis 14tägige Gefängnißstrafe angedroht. Das Ehrenkränkungsgesetz bestimmt eigentlich nur das Maximum der Strafe, und überläßt die Anwendung des Strafmaaßes innerhalb der Grenze dieses Maximums dem vernünftigen Ermessen des Richters. Das Strafmaas von 14 Tagen Arrest ist im Verhältniß zu dem nach allgemeiner Ansicht entehrenden Vergehens eines Diebstahls oder Verfälschung ꝛc. sicher zu hoch, und erfolgt ꝛc ꝛc.

†

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 10. Juli 1841.

I.

Versuch, die Entscheidung über den Ersatz der Prozeßkosten bei den Untergerichten auf Grundsätze zu bauen.

§. 1. Es ergehen wohl über keine Rechtsfrage ungleichförmigere Erkenntnisse bei den Untergerichten, als über die, welche bei den Untergerichten erwachsenen Prozeßkosten von dem Besiegten dem Sieger zu ersetzen seien, und welche nicht. Dieses ist ein um so größerer Mißstand, als diese Frage so sehr häufig zur Entscheidung kömmt, und in der Regel auf dem Wege der Appellation wegen Mangels der Appellations-Summe an das Obergericht nicht gebracht werden kann.

Eine möglichst gleichförmige Praxis hierüber bei den Untergerichten zu erzielen, ist daher höchst wünschenswerth, und ich wage deshalb den Versuch, eine Ansicht aufzustellen, die mit Hülfe besserer Kräfte, als die meinigen sind, vielleicht etwas zur Erreichung des erwünschten Zieles beitragen kann.

§. 2. Welche Prozeßkosten sind zu ersetzen?

Der Besiegte ist in der Regel schuldig, dem Sieger alle verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen; denn die Schuldigkeit zum Kostenersatz ist nach den Grundsätzen eines widerrechtlich zugefügten Schadens, also nach dem Landrechtsatz 1382 und ff. zu beurtheilen, und es erscheint in der Regel der Besiegte als derjenige, welcher dem Sieger in den veranlaßten Prozeßkosten einen widerrechtlichen Schaden zugefügt hat.

§. 3. Welche Prozeßkosten sind als nothwendige anzusehen?

Die Prozeßordnung ist kein theoretisches Prunkwerk, sondern ein für die Anwendung im Leben, in der Praxis, geschaffenes Gesetzbuch. Diesen Gesichtspunkt muß wohl der Richter überhaupt, insbesondere aber bei der Entscheidung über den Kostenersatz, vor Augen haben. Der Gesetzgeber selbst weist ihn ja ausdrücklich an, die Menschen zu nehmen, wie sie gewöhnlich sind.

Landrechtsatz 1150a.

Von diesem durch die Gesetzgebung selbst angewiesenen Standpunkte aus werden wir die Worte „nothwendige Kosten" in dem §. 169 der Prozeßordnung auszulegen haben, und mit dem gesunden Menschenverstande sagen müssen:

> Unter nothwendigen Kosten sind in einem Prozesse diejenigen zu verstehen, welche unter den obwaltenden Verhältnissen haben entstehen müssen, sei es in Folge eines Gesetzes, wie Sporteln, sei es in Folge der Materie des Prozesses, welche der nicht juristisch Gebildete gehörig zu behandeln außer Stand ist.

So, glaube ich, haben auch die Verfasser der Prozeßordnung die Worte „nothwendige Kosten" in dem §. 169 der Prozeßordnung verstanden, und ich bezweifle wohl nicht ohne Grund, daß sie an die Distinctionen zwischen nothwendig und nothwendigst, wie sie in den Annalen achten Jahrgangs S. 225 aufgeführt sind, gedacht haben, weil diese Distinctionen, obwohl vielleicht an sich philosophisch richtig (?), wenigstens rücksichtlich der Anwaltskosten eben so sehr den Grundsätzen der gesunden Vernunft, wie denen der Gerechtigkeit widersprechen dürften.

Es scheint mir, daß die Verfasser der Prozeßordnung absichtlich den Sinn des Wortes „nothwendige" in dem §. 169 der Prozeßordnung nicht näher bezeichnet, und namentlich der Anwaltskosten dort nicht erwähnt haben, weil sie dem richterlichen Ermessen überlassen wollten, welche Prozeßkosten in dem einzelnen Falle als nothwendige zu betrachten seien.

Hätte man unbedingt die Anwaltskosten bei den Untergerichten von Seiten der Gesetzgebung als nicht nothwendige Kosten angesehen, so läßt sich doch gewiß mit Grund annehmen, daß in die so reiflich überdachte und so gewissenhaft berathene Prozeßgesetzgebung der Satz aufgenommen worden wäre.

„Die bei den Untergerichten erwachsenden Anwaltskosten „können nicht als nothwendige Kosten betrachtet werden,"

Digitized by Google

womit der voraussichtliche sich ergebende Streit verhindert worden wäre.

Gerade daraus, daß eine solche Bestimmung in das Gesetzbuch nicht aufgenommen wurde, daß man vielmehr die Vertretung durch Anwälte bei den Untergerichten entfesselte, leuchtet wie die Absicht der Gesetzgebung hervor, den Beizug von Anwälten bei den Untergerichten unter gewissen Verhältnissen als nothwendig und mithin auch die dadurch erwachsenden Kosten als nothwendige anzuerkennen. —

Es kann wohl vernünftigerweise nicht geläugnet werden, daß es Prozesse gebe, welche auch der verständigste Nichtjurist mit Erfolg zu beginnen oder fortzusetzen nicht im Stande ist, z. B. Besitzprozesse, Dienstbarkeitsprozesse, Entschädigungsprozesse, Rechtsstreitigkeiten, welche in den Formen des unbedingten Mandats- oder Executivprozesses verhandelt werden sollen u. s. w.

Da nun in jedem Prozesse in Folge gesetzlicher Bestimmungen gewisse Kosten unter allen Umständen entstehen müssen, andere Kosten aber nur durch die Materie des Prozesses nothwendig werden können, so ergibt sich hieraus die praktisch richtige Eintheilung der Kosten in

unbedingt nothwendige
und
bedingt (unter Umständen)
nothwendige Kosten.

In die erste Klasse gehören die Spoteln, die Stempel-, Versäumniß- und Zustellungsgebühren, in die zweite die Anwaltskosten.

Der Ersatz jener Kosten versteht sich von selbst, und ist unbestritten, desto bestrittener ist aber die Ersatzverbindlichkeit dieser letzteren Kosten, worüber deshalb eine nähere Erörterung folgt.

Als Grundsatz dürfte der Satz zu befolgen sein,

daß der Ersatz der Anwaltskosten von Seiten des Unterliegenden in allen den Prozessen stattfinde, deren Beginnen oder Fortsetzung von dem gewöhnlichen Menschenverstande ohne juristische Bildung in gehöriger Weise nicht verlangt werden kann.

Dahin wären in der Regel zu rechnen: die Prozesse, welche dingliche Rechte zum Gegenstand haben, die Besitzprozesse, die Entschädigungsprozesse, die Condictiones indebiti, und überhaupt alle Prozesse aus nicht einfachen Vertragsverhältnissen, z. B. die aus den Gütergemeinschafts-Verhältnissen, aus Schenkungen entspringenden; ferner gehören hierher die Prozesse über Testamente, Erbtheilungen und dergleichen, die Arrestprozesse, die Prozesse, welche in den Formen des unbedingten Mandats- Executiv- und Wechselprozesses verhandelt werden sollen u. s. w.

Daß hier Ausnahmen eintreten können, versteht sich von selbst.

Die Behauptung, die Anwaltskosten seien in allen solchen Fällen kein dem Sieger von dem Besiegten rechtswidrig zugefügter Schaden, weil nicht der Prozeß, sondern der Wille dessen, welcher sich eines Anwalts bedient, die Anwaltskosten verursache; der Schaden, welcher durch die Anwaltskosten erwachse, habe seinen Grund in einem Zufall, nämlich in der Individualität des Siegers, ist nach meinem Dafürhalten unrichtig.

Annalen l. c. S. 226 und 227.

Der Prozeß ist immerhin die Quelle der Anwaltskosten; hätte der Besiegte den Prozeß nicht begonnen oder fortgesetzt, so wären die Anwaltskosten nicht entstanden.

Jedes Glied des Staates ist befugt, sein Recht auf die kräftigste und sicherste Weise zu verfolgen, und gegen ungerechte Angriffe zu vertheidigen, ohne daß ihm aus seiner Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung, insofern sie Maaß und Ziel hält, Schaden erwachsen kann;

„nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.“

L. 4. Dig. ad leg. Aquil.

Ein sehr weises Naturgesetz macht es unmöglich, daß jeder Mensch ein Jurist sei. Da wir nun vermöge unserer Gesetzgebung in unseren civilisirten Staaten zum erfolgreichen Beginnen oder Fortsetzen vieler Prozesse des Besitzes juristischer Kenntnisse bedürfen, wenn wir nicht, wozu Niemand verpflichtet ist, unsere Güter der Gefahr des Verlusts Preis geben wollen, so kann man wohl die Nothwendigkeit der Hülfe eines Anwalts für Nichtjuristen nicht einen Zufall nennen, und den Satz Casum sentit Dominus für maaßgebend erachten. Der Erfahrungssatz, daß es im Winter kalt, im Sommer warm ist, beruht ebenso auf einem Naturgesetze, wie der Umstand, daß nicht jeder Mensch die im Leben nöthigen juristischen Kenntnisse besitzt. Wäre es anders, so könnte die Welt nicht bestehen. Kein Mensch wird behaupten, es sei ein Zufall, daß es im Winter nicht, wie im Sommer, warm sei. —

Hat nun der Besiegte den Sieger zu einem Prozesse veranlaßt, den dieser ohne juristische Kenntnisse mit Erfolg zu führen außer Stand war, so hat er ihn rechtswidrig genöthigt, sich der Hülfe eines Anwalts zu bedienen, und hat mithin auch den hieraus erwachsenen Schaden zu vergüten. Wo eine Nothwendigkeit vorliegt, kann von dem Willen keine Rede mehr sein. Wollte der Richter mit der Goldwaage abwägen, ob nicht etwa der Sieger auch ohne Hülfe eines Anwalts seinen Prozeß hätte gewinnen können, so scheint mir dieses nicht weniger lächerlich, als wenn der Kriminalrichter einen Jäger, auf welchen bereits ein Wilderer sein Gewehr mit gespann-

Digitized by Google

tem Hahn angelegt hatte, dafür, daß er den Wilderer erschossen hat, strafen wollte, weil der Jäger sich möglicherweise durch einen Schlag mit dem Stock, den er bei sich geführt, hätte retten können.

Die Geltendmachung und Vertheidigung der Rechte ist in jeder Lage zu begünstigen, sei es, daß es sich um das höchste Gut, das Leben, sei es, daß es sich um andere Güter handelt.

Wenn ein Mensch einen anderen an seinen Beinen widerrechtlich so sehr beschädigt hat, daß dieser ohne Krücken nicht mehr gehen kann, sollte der Beschädiger nicht gehalten sein, die Krücken des Beschädigten zu bezahlen, oder kann man dem Beschädigten zumuthen, er soll nun sitzen bleiben, da er ohne Krücken nicht mehr gehen könne?

So wenig man den Umstand, daß nach gewissen Beschädigungen in Folge des menschlichen Organismus das Vermögen, zu gehen, aufgehoben ist, einen Zufall nennen, und die durch Anschaffung von Krücken entstehenden Kosten als eine nicht natürliche und nothwendige Folge der zugefügten Beschädigung betrachten kann, eben so wenig kann man die durch geistige Krücken, die Arbeiten der Anwälte, veranlaßten Kosten bei denjenigen Menschen, welche vermöge ihrer naturgesetzlichen Bildung auf dem civil- und prozeßrechtlichen Wege zu wandeln nicht vermögen, als nicht natürliche und nothwendige Folge des Prozesses ansehen, denn auch die Anschaffung dieser geistigen Krücken wurde von dem Besiegten durch eine rechtswidrige Handlung, den Prozeß, nothwendig herbeigeführt.

Wenn ein Mensch einen anderen Menschen verwundet hat, und es erklärt das gerichtsärztliche Gutachten die wundärztliche Hülfe nicht für absolut nöthig, sondern nur der Vorsicht wegen für räthlich, wird der Richter nicht die Kurkosten dem Vulneraten zum Ersatz zuweisen müssen, oder wird er der Behauptung des Vulneraten, der Vulnerat hätte sich selbst heilen können, ein Gewicht auf der Waagschaale der Gerechtigkeit zugestehen können?

Ich bezweifle nicht, daß jeder Richter in dem gegebenen Falle den Vulneraten für ersatzpflichtig erklären wird, weil man gewiß Niemanden zumuthen kann, irgend ein Gut der Gefahe des Verlusts Preis zu geben, das durch eine widerrechtliche Handlung angegriffen worden ist.

Warum sollte es unter gleichen Verhältnissen in einem anderen Civilprozesse anders sein? —

Nach dem aufgestellten Grundsatze fallen unter die nothwendigen Kosten diejenigen Anwaltskosten *nicht*, welche in Folge der Krankheit einer Partei, ihrer Entfernung von dem Gerichtssitze, oder im anderen äußeren Verhältnisse entstanden sind, denn in diesen Fällen ist eine Nothwendigkeit, sein Recht mit Hülfe *eines Anwalts* zu suchen, oder zu vertheidigen, nicht vorhanden.

In diesen Fällen mag die Partei einen Bevollmächtigten bestellen.

Bedient sie sich lediglich aus den bezeichneten Gründen eines Anwalts, so können dem Besiegten die Anwaltskosten, *als solche*, nicht aufgebürdet werden.

Siehe unten §. 5.

§. 4. *Verschiedene Ansichten.*

Drei Ansichten, und damit alle nur möglichen, sind bereits in den Annalen über den Ersatz der Anwaltskosten bei den Untergerichten aufgestellt worden.

I. Jahrgang S. 66.
VIII. Jahrgang S. 225.
I. Jahrgang S. 222.

Die erste Ansicht spricht sich in *allen* Fällen für den Ersatz der Anwaltskosten aus, und sucht ihren Grundsatz der Nothwendigkeit der anwaltschaftlichen Hülfe daraus zu deduciren, daß, wenn wenn auch das Recht selbst nicht zweifelhaft, es doch häufig der Weg sei, auf welchem das Recht am sichersten zu verfolgen sein möchte. Sie findet ferner einen Grund für den Ersatz in der gänzlichen Entfesselung der Rechtsvertretung durch die neue Prozeßordnung. —

Daraus, daß in *vielen* Prozessen die Hülfe eines Anwalts nöthig ist, folgt nicht, daß man zur Führung eines *jeden* Prozesses der Hülfe eines Anwalts bedürfe, und wenn die Prozeßordnung die Vertretung durch Anwälte bei den Untergerichten unbeschränkt gestattet, so kann daraus weiter nichts abgeleitet werden, als daß es in der Willkür der Parteien stehe, eines Anwalts sich zu bedienen, oder nicht. Wie man hieraus einen Schluß auf die Nothwendigkeit ziehen kann, ist mir nicht erklärlich. —

Die zweite Ansicht legt das Wort „*nothwendig*“ in dem §. 169 der Prozeßordnung streng in einem rechtsphilosophischen Sinne aus, und nimmt daher an, daß nur diejenigen Kosten als nothwendige betrachtet werden könnten, welche die Folgen eines Gesetzes seien, also die oben *unbedingt nothwendige* genannten.

Sie sucht ferner eine Stütze in den Ideen, unter deren Einfluß die Prozeßordnung geschaffen worden sei, und supponirt, daß dem Verfasser der Prozeßordnung der Gedanke vorgeschwebt habe, die Mehrheit der Staatsangehörigen besitze so viele Kenntnisse und Einsicht, daß sie ihre Angelegenheiten vor dem Gericht selbst vertheidigen, und daß man freie Bürger nicht nöthigen könne, zur Vertheidigung und Wahrung blos veräußerlicher Rechte eines Anwalts sich zu bedienen.

Diese Grundsätze seien umgestoßen, wenn die Anwaltskosten unter die Zahl der nothwendigen Kosten gehörten; denn um sich konsequent zu bleiben, müßte man weiter sagen: wenn diese Kosten nothwendig sind, so müssen

Digitized by Google

ebenso die Anwälte nothwendig sein, indem diese zu jenen sich nur wie Ursache und Wirkung verhalten, und der letztern keine anderen Attribute, als der ersteren zukommen könnten; also müßte man sich auch in erster Instanz durch Anwälte vertreten lassen. —

Insoweit diese Ansicht sich auf die Auslegung der Worte „nothwendige Kosten" bezieht, glaube ich in §. 3 das zu ihrer Widerlegung Dienende gesagt zu haben; insofern man dafür aber einen Haltpunkt in den zur Zeit der Entstehung der Prozeßordnung herrschend gewesenen Ideen zu finden glaubt, bricht sie der praktischen Einsicht der erleuchteten Verfasser der Prozeßordnung den Stab; wie sollten diese, die selbst zum Theil praktische Juristen sind und waren, zu der Ueberzeugung haben gelangen können, daß jeder Prozeß von einem Nichtjuristen mit Erfolg begonnen und durchgeführt werden könne?

So weit gingen gewiß nicht die Ideen selbst der Männer des Jahres 1831, welche das Volk auf der höchsten Stufe der bürgerlichen und politischen Mündigkeit zu erblicken wähnten, da sie wohl wußten, daß man wissenschaftliche Bildung nicht ohne Studium gewinnt.

Eher das Gegentheil läßt sich aus dem §. 828 der Prozeßordnung ableiten, wornach der Richter in der Regel nach Eröffnung der Gant einen Advokaten zum Gantanwalt ernennen soll, wie überhaupt aus der unverkennbaren Begünstigung der anwaltschaftlichen Vertretung durch die Prozeßordnung.

Die Behauptung des Gegners, man müsse, wenn man die Anwaltskosten für nothwendig erkläre, auch die Anwälte für nothwendig ansehen, woraus folge, daß man sich auch in erster Instanz (s. h. bei den Untergerichten) durch Anwälte vertreten lassen müsse, ist mir wenigstens unerklärlich.

Wenn der Richter sagt, in diesem Prozesse erkläre ich die erwachsenen Anwaltskosten für nothwendige Kosten, so spricht er implicite damit aus, die Partei, die sich eines Anwalts bediente, bedurfte seiner Hülfe; sein Urtheil erstreckt sich also nur auf den vorliegenden Fall und auf eine der Vergangenheit angehörende Thatsache, nämlich auf die in Folge der stattgehabten Verhandlungen entstandenen Anwaltskosten.

Wie kann nun hieraus gefolgert werden, man müsse sich bei den Untergerichten der Anwälte bedienen, da die Prozeßordnung, wie zugegeben wird, hierüber nichts vorschreibt, der Richter gar nichts auf die Zukunft Bezügliches ausspricht, und bekanntlich sogenannte gemeine Bescheide zu erlassen nicht befugt ist?

Wenn der Richter den Grundsatz aufstellt, die Anwaltskosten sind unter Umständen nothwendige Kosten, so wird wohl Niemand den Ausspruch darin finden, wenn du einen Prozeß bei einem Untergerichte zu führen hast, so mußt du dich durch einen Anwalt vertreten lassen. Das jeder Bauer, daß der Beizug eines Anwalts Sache der freisten Willkur ist.

Was die Behauptung betrifft, der Beizug von Anwälten bei den Untergerichten sei unnöthig, wenn anders der Richter seine Stellung verstehe,

Annalen l. c. S. 225,

so glaube ich, daß man in vielen Fällen mit mehr Recht umgekehrt sagen kann, der Beizug von Anwälten sei nöthig, wenn der Richter seine Stellung verstehe, denn das kann doch nicht bestritten werden, daß der Richter nicht befugt sei, den Parteien ihre Klagbegründung, ihre Einreden, Repliken und Dupliken, oder ihre Beweismittel durch Fragen aus dem Innern hervorzuziehen; er hat nur das ihm dargebotene Material aufzuklären, zu sichten und in die prozeßordnungsmäßige Form zu bringen.

Wohin käme es anderen Falls mit der sowohl im gemeinen deutschen Prozesse, als auch in der Badischen Prozeßordnung gesetzlich sanktionirten sogenannten Verhandlungsmaxime, welche allein im Stande ist, den Richter vor jedem Schein der Parteilichkeit zu sichern.

Martin l. c. §. 15.

Prozeßordnung §. 5 in Verbindung mit §. 338.

Die dritte Ansicht stimmt in ihrem Resultate mit meiner oben entwickelten überein; sie stellt aber keinen Grundsatz auf, und trennt nicht die Fälle, in welchen eine wirkliche innere Nothwendigkeit den Beizug eines Anwalts veranlaßte, von denen, in welchen zufällige äußere Umstände eine Partei bestimmten, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen. So kann z. B. der Umstand allein, daß die Gegenpartei einen Anwalt aufgestellt hat, den Schluß nicht rechtfertigen, daß die Aufstellung eines Anwalts für die andere Partei nothwendig gewesen sei, da offenbar nur die Materie des Prozesses entscheidend sein kann. —

Manche Stimmen sind, wenn auch nicht öffentlich, doch im Innern gegen den Ersatz der Anwaltskosten in allen Fällen, weil sie überhaupt gegen die Anwälte eingenommen sind, oder weil sie einen übermäßigen Kostenaufwand in Folge des Beizugs eines Anwalts besorgen.

Diese Gründe beruhen auf Vorurtheilen. Vor Uebervortheilungen von Seiten der Anwälte sind die Parteien hinlänglich durch die Deserviten-Controlle geschützt, wenn anders dieselbe gehörig gehandhabt wird.

Möchte dieses Institut so lange nicht aufgehoben werden, bis alle Anwälte so gegen ihre Klienten handeln, wie sie sollen! (Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 29. Karlsruhe den 17. Juli 1841.

I.

Versuch, die Entscheidung über den Ersatz der Prozeßkosten bei den Untergerichten auf Grundsätze zu bauen.

(Schluß)

So lange in sechs Bogen langen Schriften in unendlichen Wiederholungen mit anderen Worten dasjenige gesagt wird, was man füglich auf einem Bogen sagen könnte, so lange die Buchstaben widernatürlich von einander gerissen, die vorgeschriebenen achtzehn Zeilen füllen *), so lange für das Rubrum eines Prozesses ohne Nothwendigkeit eine ganze Seite in Anspruch genommen wird, liegt es im Interesse der gewissenhaften Anwälte das Fortbestehen der Deserviten-Controlle zu wünschen, damit der unredliche College in seinem wahren Lichte vor den Parteien erscheine.

Ueberhaupt dürfte unter den bestehenden Verhältnissen kein triftiger Grund zur Beschwerde von Seiten der Anwälte gegen das Bestehen der Deserviten-Controlle vorhanden sein, da ja auch die Staatsdiener und die Gemeindebeamten rücksichtlich ihrer Diäten und Gebührenbezüge einer Dekretur unterliegen.

Rücksichtlich der Handhabung der Deserviten-Controlle ist bei den Untergerichten noch Vieles zu wünschen übrig. Wie vielen Deservitorien wird ohne irgend eine Prüfung die Dekretur ertheilt!

Die Befugniß des Richters, wegen allzugroßer Weitläufigkeit der Schriften Moderationen eintreten zu lassen, wird wohl nicht häufig genug ausgeübt; hinc illae lacrimae über die bedeutenden Beträge der Anwaltskosten!

Man hört nicht selten, es sei kleinlich, wenn sich der Richter auf Striche der zur Ungebühr angesetzten Abschriftsgebühren und dergleichen einlasse; ich sehe in der Handhabung eines Rechts, in der Erfüllung einer Pflicht nichts Kleinliches, wenn der Gegenstand auch nur 2 kr. beträgt. Warum fordert man das, wozu man kein Recht hat? Warum soll die Partei das bezahlen, was für sie nicht geleistet worden ist? —

§. 5. Das Erkenntniß über die Kosten in den Fällen, in welchen der Beizug von Anwälten für nicht nothwendig erachtet wird.

In diesen Fällen dürfte der Grundsatz zu befolgen sein, daß der Richter dem Besiegten denjenigen Betrag der Kosten zum Ersatze zuzuweisen habe, welcher erwachsen wäre, wenn die siegende Partei in Person vor ihm erschienen sein würde. Beläuft sich dieser Betrag höher, als die gefordert werdenden Anwaltskosten, so kann natürlich nur die Summe der letztern, als zum Ersatz geeignet, angenommen werden, denn der Besiegte hat nur die Verursachten Kosten zu erstatten! steht jener Betrag unter der Summe der Anwaltskosten, so ist der Mehrbetrag der letztern dem Sieger zuzuweisen.

Ich fürchte nicht den übersubtilen Einwand, daß hier Kosten ersetzt werden sollen, welche gar nicht existiren, sondern nur gedacht werden können; denn die Kosten sind wirklich vorhanden, ob sie nun von dem Sieger selbst oder von seinem Anwalt veranlaßt worden sind, ist doch wohl rücksichtlich des Betrags der Kosten einerlei. —

In den hierher gehörigen Fällen pflegt erkannt zu werden: „Die Anwaltskosten bleiben der eigenen Partei zur Last“ ohne darauf Rücksicht zu nehmen, daß, wenn ein Anwalt nicht aufgetreten wäre, von der siegenden Partei selbst Kosten verursacht worden sein würden, welche doch ohne Zweifel dem Ersatze unterlägen, z. B. wenn der Anwalt wegen Entfernung vom Gerichtssitze zur Ersparung der Kosten schriftliches Verfahren für sich erwirkt hätte; so würde er dadurch der unterlegenen Gegenpartei die Versäumnißgebühren seiner Partei und die Sporteln erspart haben, welche in Folge

*) Es kam mir kürzlich eine Schrift von 35 Bogen zu, in welcher das Wort „vernommen“ eine ganze Zeile bildete. Ein Anwalt übergab ein Deservitorium zur Dekretur, worin außer der Recreßgebühr von 2 fl. dreimal ein Ansatz von je 30 kr. unter dem Titel „Gang zur Abgabe des Recesses“ vorkam. D. E.

Digitized by Google

des mündlichen Verfahrens entstanden wären; oder wenn der Anwalt am Gerichtssitze wohnte, seine Partei aber 60 Stunden davon entfernt und das Gericht hätte das mündliche Verfahren angeordnet, wäre nun die entfernt-wohnende Partei selbst erschienen, so würden ihre Reisekosten vielleicht das Doppelte des Betrags der Anwaltskosten überstiegen haben; sie siegt, und sollte nun alle ihre Kosten mit Ausnahme des geringen Betrags der eigentlichen Gerichtskosten tragen müssen?"

Das wäre doch unläugbar gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit, die mit der gesunden Vernunft Hand in Hand geht. Offenbar entspricht hier nur die oben angedeutete Berechnung der zu ersetzenden Kosten den gerechten Anforderungen, welche man an die Gerichte zu machen hat. —

§. 6. Zusammenstellung des Ausgeführten.

Bei der Entscheidung über den Kostenersatz in einem Prozesse, in welchem Anwaltskosten erwachsen sind, dürfte sich der Richter folgende Fragen zu stellen haben:

a. Welche sind die vorhandenen unbedingt nothwendigen Kosten? (§. 3.)

b. Fällt der vorliegende Prozeß unter den oben aufgestellten Grundsatz? (§. 3.)

Muß die zweite Frage bejaht werden, so weißt er dem Besiegten sämmtliche *) Kosten zum Ersatz zu, andernfalls nur die unter lit. a. erwähnten und die nach Maaßgabe des §. 5 zu berechnenden.

Wenn nun der Ansicht, welche die Nothwendigkeit der Anwaltskosten nach den Umständen beurtheilt, in den Annalen VIII. Jahrgangs S. 227 noch entgegengehalten wird

1) man stoße an ihrer Hand auf Ungewißheit und oft in Folge derselben fast auf Ungereimtheiten, weil die Fragen, wie weit die Entfernung des Wohnsitzes des Richters und jenes der Partei von einander seien, wie groß die Geistesschwachheit, wie gefährlich die Krankheit der Partei und wie verwickelt der Streit sein müßte, daß jene im Falle ihres Obsiegens die Anwaltskosten ersetzt verlangen dürfe, ein vages Feld erblicken ließen; wenn ferner

2) dort behauptet wird, jeder Richter würde diese Fragen anders beantworten, wodurch eine Rechtsungleichheit herbeigeführt würde, und es reiche dieses allein schon hin, jene Ansicht für verwerflich zu erklären, und der entgegengesetzten Meinung, die doch einen festen Stützpunkt hatte, beizutreten, so bemerke ich dagegen folgendes:

Zu 1. Diese Vorwürfe treffen die oben entwickelte Ansicht nicht, denn sie betrachtet die Anwaltskosten, welche lediglich in äußeren Verhältnissen ihren Grund haben, nicht als nothwendige Kosten, und wenn man dem Richter zumuthet, zu beurtheilen, was der gesunde Menschenverstand ohne juristische Bildung vermöge, so verlangt man nicht etwas Schwieriges von ihm, wenn er sich anders selbst des gesunden Menschenverstandes zu erfreuen hat; es sind daher auch keine häufigen Meinungsverschiedenheiten hierüber zu befürchten.

Zu 2. Wenn aber auch verschiedene Ansichten hierüber entstünden, so wäre dieses gewiß noch kein Grund, eine für gerecht erkannte Meinung einer offenbar ungerechten zu opfern. Leichter ist es freilich, zu sagen, der Sieger hat seine Anwaltskosten zu tragen, als eine gerechte Zuscheidung der Kosten nach den Umständen zu treffen.

Die neueren Gesetzgebungen haben sämmtlich das richterliche Ermessen nicht beschränkt, weil sie von der richtigen Voraussetzung ausgingen, daß man bei Anstellung der Richter prüfe, ob sie einer richtigen Beurtheilung der zu ihrer Entscheidung gelangenden Fälle gewachsen sind, und es sind, wie die Erfahrung lehrt, diejenigen Gesetze nicht die schlechtesten, welche das richterliche Ermessen nicht mit lächerlicher Aengstlichkeit in unübersteigliche Schranken eingeschlossen haben. Die Prozeßordnung legt ausdrücklich vieles Gewicht auf das richterliche Ermessen; z. B. in den §§. 220, 512 und ff., 635.

Fr. Schenk,
(Amtsassessor in Neckargemünd.)

*) Es versteht sich von selbst, daß hierunter diejenigen Kosten nicht begriffen sind, welche der Sieger vermöge spezieller gesetzlicher Bestimmungen stets selbst zu tragen hat, wie die durch Versäumnisse, Fristgesuche und dergleichen entstandenen §. 174 der Prozeßordnung. D. E.

II.

Hat der Schuldner, welcher eine Schuld zahlt, ungeachtet sie durch Wettschlagung erloschen war, ein Klagrecht auf seine Gegenforderung oder steht ihm nur die condictio indebiti zu?

„Laukhard Rechtsfälle III. Band S. 389 — 392."

In Frankreich hat man die Ansicht geltend gemacht, daß der Schuldner, welcher eine durch Wettschlagung erloschene Schuld zahlt, das Klagrecht auf seine Gegenforderung verliere und ihm blos die condictio indebiti zustehe.

Nach Brauers Erläuterungen III. Band S. 211 — 213, V. Band §. 997 — 999 begründet aber die wenn gleich aus Irrthum versäumte Wettschlagung keine Klage wegen Zahlung zur Ungebühr, sondern lediglich nur die Fortzuständigkeit der Gegenforderung. Für diese Meinung hat sich auch das Oberhofgericht schon frühee ausgesprochen.

Hohnhorst, Jahrbücher von 1823. S. 268.

Dagegen wird von Zachariä Handbuch des franz. Civilrechts 4te Auflage in §. 327 Anmerk. 2 gelehrt, daß dem Schuldner in der Regel nur die condictio indebiti zukomme,

Digitized by Google

in §. 328 aber gesagt, daß dem Schuldner wegen der Gegenforderung ein Klagrecht verbleibe.

Ich will nun versuchen diese verschiedenen Ideen durch folgende Ausführung zu vereinigen.

Nach L. R. S. 1290. Der l. 4 C. de compens (4, 31) entnommen, geschieht die Wettschlagung ohne weiteres kraft Gesetzes, so daß in dem Augenblick, wo die beiderseitigen Schuldner einander gegenüber stehen, sie weggeschlagen sind, d. h. gegenseitig der Betrag erlöscht, worin sie einander gleich kommen. Wenn man diese Stelle für sich allein nimmt und aus dem Titel über die Wettschlagung herausreißt, so möchte man wohl zu der Folgerung gelangen, daß die Gegenforderung als durch Compensation getilgt, von dem Schuldner nicht mehr verlangt werden könne, sondern ihm nur die condictio indebiti zustehe. Allein das Landrecht enthält nirgends die Bestimmung, daß im Falle die Schuld ungeachtet der Wettschlagung bezahlt worden ist, keine andere Klage als die condictio indebiti Statt finde; und das römische Recht, welches die französische Jurisprudenz zu Hülfe nimmt, sagt in l. 10 §. 1 D. de compens. (16. 2) blos, daß mit der condictio indebiti das zur Ungebühr bezahlte zurückgefordert werden könne, nicht aber daß dem Schuldner nur die condictio indebiti zu Gebot stehe.

Wie dem auch sei, so verordnet das Landrecht in dem Titel über die Wettschlagung durch S. 1299 ausdrücklich, daß der Schuldner, welcher eine durch Wettschlagung kraft Gesetzes erloschene Schuld zahlt, seine Gegenforderung nachher noch geltend machen kann. Der angeführte Landrechtsatz 1299 besagt nämlich:

Wer eine durch Wettschlagung kraft Gesetzes erloschene Schuld dennoch zahlt, und nachher die Foderung geltend macht, wegen welcher ihm die Wettschlagung zustand, kann sich der Vorzugs- und Pfandrechte der Letztern zum Nachtheil drittee Personen nicht mehr bedienen, außer wenn er in gerechter Unwissenheit über die wettzuschlagende Foderung war.

Im ersten Augenblicke scheinen die Landrechtsätze 1290 und 1299 mit einander im Widerspruche zu stehen, dieser nun scheinbare Widerspruch wird aber dadurch gehoben, wenn man die erstere Stelle als die allgemeine Regel über die Natur der Wettschlagung und die zweite als die nähere Bestimmung über die Folgen derselben betrachtet. Bringt man so die beiden Gesetzesstellen mit einander in Einklang, so ergibt sich alsdann die Lehre:

die Wettschlagung geschieht kraft Gesetzes aber nur in so fern, als der Schuldner sich darauf berufen will und kann; wenn übrigens der Schuldner bezahlt hat, so verbleibt ihm zwar wegen der Gegenforderung ein Klagrecht, jedoch kann er die Vorzugs- und Unterpfandsrechte, welche mit der Gegenforderung verbunden waren, nicht weiter zum Nachtheile dritter Personen geltend machen, ausgenommen wenn er darthut, daß er zur Zeit der geleisteten Zahlung, und zwar aus einem genügenden Grunde, die Gegenforderung nicht gekannt habe.

Indessen hat der Schuldner nicht nur das Klagrecht auf seine Gegenforderungen sondern auch noch die condictio indebiti auf Rückzahlung der Summe, welche er nach Berichtigung seiner Schuld zu viel bezahlte, wenn nämlich die (noch bestrittenen) Erfordernisse der Klage aus Zahlung zur Ungebühr vorhanden sind. Das römische Recht bestimmt dies ausdrücklich in l. 10 §. 1 D. de compens. (16. 2). Das Landrecht enthält zwar in dem Titel über die Wettschlagung keine der römischen Rechtsregel entsprechende Vorschrift, es sagt aber im L. R. S. 1235 und 1376 allgemein, daß das zur Ungebühr bezahlte zurückgefordert werden kann, und schließt von dieser allgemeinen Norm die bei versäumter Compensation ungebührlich geschehene Zahlung nicht aus, daher hiefür die generelle Bestimmung gleichfalls gelten muß.

Wenn auch dem Schuldner eine Klage auf die Gegenforderung sowohl als die condictio indebiti zukömmt, so kann gleichwohl unter Umständen daraus, daß jemand versäumt, die Einrede der Wettschlagung vorzuschützen, die Vermuthung für die Erlassung der Gegenforderung entspringen, wie das römische Recht in l. 26 D. de probat. (22. 3) entschieden hat. Eine solche Vermuthung ist aber in der Regel nicht anzunehmen, weil ein Verzicht nicht präsumirt wird. L. R. S. 781.

Der gänzliche Verlust der Gegenforderung tritt im Falle der Unterlassung der Compensation nur alsdann ein, wenn die Bedingungen eines stillschweigenden Verzichts vorhanden sind. S. 1108 a. 1108 b.

Die bisherige Argumentation läßt sich nun auf folgenden Satz zurückführen:

wird die Einrede der Wettschlagung versäumt, so hat der Schuldner in der Regel ein Klagrecht auf seine Gegenforderung, unter Umständen auch die condictio indebiti, und er verliert seine Gegenforderung einzig und allein im Falle eines Verzichts.

Haager, Assessor.

III.

Nachtrag zu dem Aufsatze I. in Nr. 21 der Annalen d. J. (über die §§. 83 ff. des Strafedikts.)

Am Schlusse der vorgedachten Mittheilung habe ich die Frage aufgeworfen, ob nicht die Meinung: daß die §§. 83 ff. des Strafedikts nur die einfachen Gesinde-, Holz-, rc. Diebstähle im Auge haben, nicht aber diese Diebstähle, wenn sie mit andern Erschwerungen vorkommen (§§. 74, 77), und diese deßhalb nach §. 95 und 96 des Strafedikts zu behandeln, d. h. wegen diesen Beschaffenheiten der §§. 83 ff.

Digitized by Google

jeweils eine arbiträre Schärfung zu erkennen sei, der Intention unseres Gesetzes angemessener wäre? Ich glaube, daß diese Frage bejaht werden kann, und will versuchen, diese Meinung kurz zu begründen. Die Worte „andere gemeine“ scheinen mir unzweideutig dafür zu sprechen, daß der §. 83 blos von gemeinen Diebstählen handle. Ich bitte wohl zu bemerken, daß es nicht heißt: „andere, gemeine.“ Durch das Wort „andere“ in seiner unmittelbaren Verbindung mit dem Worte „gemeine“ wird nämlich ausgedrückt, daß die Diebstähle, die der Gegenstand dieser speziellen Strafbestimmung sind, derselben Klasse der zur Norm aufgestellten (gemeinen) Diebstähle angehören. Nur in dieser Voraussetzung hat das Wort „andere“ einen Sinn; sollten die Diebstähle an Ackergeräthschaften ꝛc. in jeder Form, also auch mit jeder andern, sie aus der Klasse der gemeinen Diebstähle ausscheidenden Erschwerung darunter begriffen seyn, so müßte es heißen „gemeine“ ohne das Wort „andere“, oder das letztere Wort müßte vom Worte „andere“ getrennt sein. Wenn ich sage: dieses Kompendium ist noch einmal so viel werth, als andere Pandektenkompendien; so wird wohl Niemand daran zweifeln, daß das in Rede stehende Kompendium auch ein Pandektenkompendium sein müsse.

Spricht aber der §. 83 nur von gemeinen Diebstählen mit den darin und in den folgenden §§. aufgeführten Eigenschaften, so folgt daraus, daß die darin als Schärfung angedrohte Quart der Grundstrafe des Vergehens bei allen andern Diebstählen, bei denen die Eigenschaften der §§. 83 ff. vorkommen, nicht anwendbar ist. Es scheint nun zwar, daß ebendeßhalb bei den Diebstählen der letztern Art eine Schärfung der Strafe wegen diesen Eigenschaften überhaupt nicht statt finde, theils weil der §. 83 diese Schärfung auf die Klasse der gemeinen Diebstähle beschränke, und eine ausdehnende Interpretation bei Strafgesetzen nicht zuläßig sei, theils auch, weil der §. 73 der Erläuterungen in ähnlicher Weise beim Zusammentreffen mehrerer Gefährlichkeiten die geringere durch die größere absorbiren lasse. Dagegen kommt jedoch in Betracht, daß gerade die Beschränkung dieser Bestimmung (poena major absorbet minorem) auf die speziellen Fälle des §. 74 des Strafedikts für die Ausschließung in andern Fällen spricht, und daß durch die Festsetzung des §. 83, nur bei den gemeinen Diebstählen mit den hier bemerkten Eigenschaften finde die Quart der Grundstrafe als Schärfung statt, im Grunde mehr nicht gesagt ist, als daß dieses Maas der Schärfung nur in den Fällen des gemeinen Diebstahls eintrete, nicht aber, daß in den andern Fällen gar keine Schärfung dafür erkannt werden dürfe. Vielmehr folgt daraus nur, daß diese andern, durch §. 83 nicht normirte Diebstähle mit den dort bemerkten Eigenschaften den andern gesetzlichen Bestimmungen anheimfallen; und da wird man dann die allgemeinen Bestimmungen der §§. 95 und 96 des Strafedikts um so mehr anwendbar, d. i. eine arbiträre Strafe als Schärfung am Platze finden, als der Gesetzgeber einmal die in den §§. 83 ff. aufgezählten Eigenschaften überhaupt als erschwerende Umstände bezeichnet hat. Ein Bedenken scheint zwar dieser Ansicht im Wege zu stehen, nämlich das, daß darnach dasselbe Moment der Strafwürdigkeit in den verschiedenen Fällen verschieden, und somit ungleich gewürdigt werde. Diese ungleiche Würdigung wird allerdings schon in der schwereren Strafgattung (Zuchthaus) liegen. Das Bedenken dürfte jedoch durch die Betrachtung verschwinden, daß das Strafedikt selbst dieses Verfahren anerkennt in den §§. 74, 75, 76 und 77, wo überall bei dem Daseyn einer gewissen Summe des Diebstahls, je für eine, resp. eine halbe Mark Silbers mehr, die Strafart der Grundstrafe (Zuchthaus) angedroht wird, für dasselbe Moment also, für welches der §. 75 blos bürgerliches Gefängniß droht, so lange die Grundstrafe auch bloß Gefängniß ist, nämlich bis zu 120 fl.; daß ferner der Richter immer noch die Wahl hat, nur das Minimum der Strafart zu erkennen, was er bei schon strenger Grundstrafe auch regelmäßig thun wird — das in einer Redaktionsnote berührte Bedenken, das ohnehin mehr die Größe des Ergebnisses als die Richtigkeit der Ansicht selbst betrifft, wird dieser letzteren nicht entgegenstehen, wenn erwogen wird, daß nach dieser Ausführung die Schärfung für alle hier gemeinten Fälle nicht, wie dort unterstellt zu werden scheint, die in §. 83 bemerkte Quart, sondern eine arbiträre, dem richterlichen Ermessen anheimgegebene Strafe ist, wobei die Bestimmungen des §. 97 über die ideale Konkurrenz selbst dann nicht von Einfluß sein könnten, wenn man die analoge Anwendung derselben, obschon sie „mehrere verschiedenartige Verbrechen“ voraussetzen, auf bloße erschwerende Umstände für zuläßig erachten sollte. Aus diesen Gründen scheint mir wirklich die am Ende des frühern Aufsatzes angeführte Meinung als die der Intention unseres Strafedikts angemessenste. Diese wie so viele andere lückenhafte und kontroverse Bestimmungen unserer dermaligen Strafgesetzgebung, zumal im Kapitel des Diebstahls, und die daraus nothwendig hervorgehende, dem Ansehen der Gesetze und der Gerichte sehr nachtheilige Verschiedenheit der Urtheilssprüche müssen aber in jedem, welche der kontroversen Ansichten er auch für die richtige halten mag, die Ueberzeugung von der dringenden Nothwendigkeit baldiger Verbesserung im Wege der Gesetzgebung begründen.

Zentner.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 30. | Karlsruhe den 24. Juli 1841.

I.

Antrag auf modificirte Wiedereinführung des Landrechtsatzes 2154. †)

Der Landrechtsatz 2154 verfügt:

„Die Eintragungen bewahren das Unterpfands- und Vorzugsrecht zehn Jahre lang, von dem Tage an, da sie geschehen; ihre Wirkung erlöscht, wenn solche vor Ablauf dieser Frist nicht erneuert werden."

Durch das provisorische Gesetz vom 19. Aug. 1819 Regierungsbl. 1819 Nr. 23, dem später auch die Stände ihre Zustimmung ertheilt haben, wurde dieser Landrechtsatz bis auf weitere Verfügung ganz außer Wirksamkeit gesetzt.

Zachariä sagt zwar in seinem Handbuch des französischen Civilrechts 4te Auflage 2ter Band Seite 152:

„In Baden ist der Art. 2154 — mit Recht — außer Kraft gesetzt worden."

Allein die Gründe, welche die unbedingte Aufhebung jener landrechtlichen Bestimmung veranlaßt haben, scheinen solche gleichwohl nicht hinreichend zu motiviren, und es hätte jedenfalls die dadurch in unserem Unterpfandssystem entstandene höchst fühlbare Lücke mittelst zweckmäßiger Surrogate um so mehr wieder beseitigt werden sollen, als nicht sowohl innere Gründe, als vielmehr blos vorübergehende Umstände zu dem Strich des Landrechtsatzes 2154 die Veranlassung gaben, namentlich die Erwägung, daß, wie das provisorische Gesetz vom Jahr 1819 selbst sagt, es damals „unmöglich" gewesen wäre, den Anforderungen des Landrechtsatzes 2154 „mit dem dermaligen Personale vollständig zu genügen."

Die nächste Folge der Entfernung des Landrechtsatzes 2154 aus unserer Hypothekenordnung besteht nun darin, daß die Wirkungen der Inscription von Vorzugs- und Unterpfandsrechten durch Ablauf einer bestimmten Zeit [illegible] für sich erlöschen, noch wegen Unterlassung ihrer Erneuerung die Beweiskraft verlieren können, denn nirgends wird jetzt mehr für alle Urkunden über dingliche oder sachartige Rechte (Jura in rem), sondern nach den Landrechtsätzen 2263, 710 f c., 710 h h. nur rücksichtlich jener über Renten, Gülten und Bannrechte, eine Renovation nach Ablauf von 28 beziehungsweise 30 Jahren zur Beweislichkeit gesetzlich verlangt. Alle nicht getilgten Pfandeinträge, alte wie neue, bleiben somit bei Kraft und eine Verjährung derselben kann nach Landrechtsatz 2180 nur stattfinden, zum Vortheil des Schuldners mit Erlöschung der Hauptforderung und zu Gunsten des dritten Besitzers durch Ablauf der Zeit, binnen welcher er das Eigenthum an den in seinem Besitz befindlichen Pfandstücken präscribirt. Landrechtsatz 2265.

Da aber auch selbst in den Fällen, wo die Verjährung stattfindet, ein eingetragenes Unterpfandsrecht nicht ipso jure erlischt und nur kraft der Bewilligung einer Partei oder in Folge eines rechtskräftigen Urtheils Landrechtsatz 2157 im Hypothekenbuch getilgt werden darf, so sind die Pfandgerichte, wenn sie Verpfändungen, Kauf- und Tauschverträge u. s. w. gewähren und nach Landrechtsätze 2196, 2196a. Zeugnisse über die auf einer Liegenschaft haftenden Pfandlasten ꝛc. ausstellen sollen, in der Regel genöthigt, ihre sämmtlichen, oft mehr als 100 Jahrgänge umfassenden Bücher durchzusuchen, um sich zu überzeugen, ob auf der betreffenden Liegenschaft Inscriptionen haften oder nicht. Ungeachtet aller Mühe und des großen Zeitverlusts erlangen sie doch über das, was sie wissen wollen und sollen, nur höchst selten völlige Gewißheit, weil die ältern Grund- und Pfandbücher unter ihren vielnamigen Titeln, von Rathsprotokollen, Hypotheken und Gewährprotokollen ꝛc. meistens mit keinem Index versehen und auch in anderer Beziehung äußerst mangelhaft und unvollständig sind, ein Uebelstand, der bis in das Jahr 1822 hineinreicht, da erst um diese Zeit die freilich auch nur sehr dürftig ausgestattete „Pfandschreiberei-Instruktion" erschien ist Zweckmäßige

†) Man sehe den Aufsatz auf Seite 324 — 327 der Annalen des Jahrgangs 1839. D. R.

Digitized by Google

Grundbücher über sämmtliche Liegenschaften einer Gemarkung, womit die unter dem Namen Flur- oder Lagerbücher figurirenden und die mit diesen nur korrespondirenden Gewährbücher nicht zu verwechseln sind, †) fehlen fast überall, was inzwischen Niemand befremden kann, da ja auch die Instruktion über die Einrichtung und Führung dieser Bücher bis auf die gegenwärtige Stunde noch nicht ertheilt ist, obgleich schon durch das zweite Einführungs-Edikt zum Landrecht vom 22. Dezember 1809 §. 25 Regierungsbl. Nr. LIII. das ausdrückliche Versprechen gegeben wurde, daß sie „demnächst (!)" erscheinen werde.

Unter solchen Umständen sind daher die Pfandgerichte genöthigt, in Erwartung der Dinge, die da kommen sollen, auf den nun einmal vorhandenen morschen Grundlagen fortzubauen, und die mangelhaften Hypothekenbücher fortzusetzen, wodurch dieselben häufig in die fatale Lage gerathen, nicht nur für ihre eigenen Irrthümer, sondern auch für die Fehler ihrer Vorgänger büßen zu müssen. Die so schön klingende Klausel: salvo regressu contra — quem vel quos, ist dabei ein Trostgrund, durch den sich selten Jemand zweimal getröstet finden wird. — Können sich aber die Pfandgerichte aus dem Chaos von Inscriptionen bisweilen zurecht finden, d. h. vermögen sie zu erkennen, daß die jetzt zu verpfändende oder zu verkaufende Liegenschaft wirklich diejenige ist, welche schon früher, wie gar zu oft, unter anderer Gestalt, Namen und Begrenzung ꝛc. verhypothezirt war, so müssen sie zu ihrer eigenen Sicherheit den Kontrahenten die Gewährung versagen und diese anweisen, die Tilgung der betreffenden Einträge nach Landrechtsätzen 2157 und 2158 zu erwirken. In der Regel ist nun gegen die eingetragenen Gläubiger oder deren Rechtsfolger, welche zuweilen im Auslande und hie und da sogar in verschiedenen Welttheilen wohnen, förmliche Klage auf Pfandstrich zu erheben oder das öffentliche Aufforderungsverfahren einzuleiten. In einem wie in dem anderen Falle sind solche Inscriptionen für die Besitzer der betreffenden Liegenschaften eine wahre Qual, denn wenn schon die größte Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß Schuld und Gläubiger nicht mehr existiren, so müssen sie jetzt doch ihre Zeit und ihr Geld, und das noch meistens unter Umständen, wo die eine gleich kostbar für sie ist, wie das andere, daran setzen, um den Strich zu erlangen.

In der eben geschilderten Lage befinden sich die Pfandgerichte und Liegenschaftsbesitzer fast immer, da bekanntlich früher nur höchst selten Tilgungen vorgenommen, und wo es geschehen, dieselben meistens nur mit einem Streich durch den Pfandeintrag bewirkt worden sind, welcher Streich aber ohne Beurkundung, Beisatz oder Beleg nicht, jedenfalls nicht für die Zeit seit Einführung unseres Landrechts (1810) als gültige Tilgung betrachtet werden kann.

Vorsichtige Gemeinderäthe suchen sich daher mit Pfandbuchs-Erneuerungen (Vereinigungen, Berichtigungen) aus der Noth und Gefahr zu retten, eine Operation, welche allerdings, wenn sie von sachkundigen tüchtigen Geschäftsmännern geleitet wird, wozu früher, nach hoher Justizministerial-Verfügung vom 23. März 1832 Nr. 1708, nur bestens qualificirte Theilungskommissäre bestimmt waren, die Geschäfte der Pfandgerichte sehr vereinfacht und erleichtert ihnen bei Gewährungen mehr Gewißheit verschafft, dadurch die Gefahren ihrer bedeutungsschweren Haftbarkeit vermindert, sie vor den sonst unvermeidlichen Regreßklagen wenigstens einigermaßen schützt und überhaupt die Zahl jener heillosen Prozesse einschränkt, durch welche der öffentliche Kredit und die Rechtssicherheit im Allgemeinen so sehr bedroht wird; allein da durch Aufhebung des Landrechtsatzes 2154 und nach der Rechtsbelehrung und Instruktionverordnung der hohen Ministerien der Justiz und des Innern vom 18. April 1826 Regierungsbl. Nr. 10 bei Erneuerungen der Unterpfandsbücher, alle offenen auch noch so alten Pfandeinträge, welche von den Gläubigern ungeachtet spezieller Vorladung und öffentlicher Aufforderung zur Liquidation nicht angemeldet und richtig gestellt werden, aus den alten Büchern in das neue Pfandbuch gleichlautend übertragen werden müssen, also nach wie vor eine Masse von Inskriptionen fortbesteht, deren rechtliche Fortdauer ungewiß ist, so haben die Besitzer der damit belasteten Liegenschaften durch die Pfandbuchs-Erneuerung nichts gewonnen, und sie müssen, um dieselben frei zu machen, oder sie ungehindert verkaufen oder verpfänden zu können, dennoch ein Contumazial-Verfahren gegen die eingetragenen Gläubiger veranlassen.

Hiernach wird nicht wohl ein Zweifel obwalten können, daß durch unbedingte Aufhebung des Landrechtsatzes 2154 eine empfindliche Lücke in unserem Hypothekengesetz entstanden sei, welche das Pfandwesen sehr verwickelt macht, dem Verkehr höchst beschwerlich und der Rechtssicherheit gefährlich ist.

Unser Hypothekenwesen bedarf überhaupt einer tief eingreifenden Reform, denn dasselbe leidet an wesentlichen Mängeln. Ein Hauptgebrechen liegt z. B. in dem gänzlichen Mangel einer Gewährleistung für den Werth der Objekte, denn der Beweis, daß der gerichtliche Taxwerth zur Zeit der Pfandbestellung im Fall eines Verkaufs nicht zu erreichen gewesen wäre, ist in den meisten Fällen durchaus unmöglich.

Sollte jedoch ein neues Hypothekengesetz bei unserer hohen Gesetzgebungskommission noch nicht auf der Tagesordnung stehen, weil nach einer sehr weisen Oekonomie dort stets

†) M. s. dagegen: Bekk über die dinglichen Rechte an Liegenschaften. §. 50, S. 98 und 99. D. Red.

Digitized by Google

vom Nöthigen zuerst das Nöthigste bearbeitet wird, so könnte einstweilen genügen:

a) Wenn in Bezug auf die gesetzlichen Unterpfänder eine Verbesserung getroffen würde. Jedenfalls sollte die Befreiung von der Inscription der gesetzlichen Hypotheken der Ehefrauen, Minderjährigen und Interdicirten, auf die Dauer der Ehe oder Vormundschaft beschränkt werden;

b) wenn man im Hypothekenwesen die wirklich bestehenden Gesetze und Verordnungen, insbesondere die Pfandschreiberei-Instruktion vom 6. Sept. 1822 einer Revision unterwerfen;

c) eine Instruktion über Einrichtung der Grundbücher, ferner

d) eine Instruktion über das Verfahren bei Erneuerung der Unterpfandsbücher erlassen, und

e) vor allem aber den Landrechtsatz 2154 mit geeigneten Modifikationen wieder ins Leben rufen würde.

Mag auch, was ich gerne zugebe, der Termin von 10 Jahren, welcher im Landrechtsatz 2154 bestimmt war, zu kurz sein, so wäre doch eine Frist von 20 Jahren zur Erneuerung der eingetragenen Unterpfänder gewiß angemessen. Hinsichtlich der dermal bereits 19 Jahr alten und alle ältern Pfandeinträge, dürfte dabei die transitorische Bestimmung zu treffen sein, daß dieselben innerhalb einem Jahr †) erneuert werden müssen, widrigenfalls sie nach Ablauf dieses Jahrs erlöschen würden.

Die Erneuerung könnte von der Pfandschreiberei, wenn der Gläubiger unter Vorweisung seiner Urkunde darum nachsucht und insofern Schuldner und Unterpfänder die nämlichen geblieben sind, mit wenigen Worten im Pfandbuch und auf der Urkunde bewirkt werden, z. B.

„Erneuert und das Kapital mit fl. kr.
(in Worten und Zahlen) vom Schuldner anerkannt.
N. N. den ten 18
Die bevollmächtigte Pfandgerichtskommission.
Der Schuldner: N. N.
(L. S.) N. N., Bürgermeister.
N. N., Rathschreiber.

Um aber fingirte Erneuerungen zu verhüten, dürfte es vielleicht noch zweckmäßiger sein, wenn der Debitor, als Anerkennung von seiner Seite, vor einem Staatsschreiber zu erklären hätte, daß er noch Schuldner sei und die Erneuerung des eingetragenen Unterpfandsrechts genehmige.

Diese Erklärung könnte der Notär ohne Zeugen auf die von dem mitterschienenen Gläubiger vorgelegte Urkunde setzen, und Letzteren, oder dessen Bevollmächtigten, damit zur Vormerkung im Pfandbuch an das Pfandgericht weisen.

†) Diese Frist wäre wohl zu kurz. D. R.

Nur da, wo eine Aenderung in den Unterpfändern, in der Person des Gläubigers oder Schuldners eingetreten wäre, ferner wo das Pfandgericht für das alte Unterpfand im gegenwärtigen Bestand nicht länger haften, ††) oder der Gläubiger ohne eine erhöhte Sicherheit nicht länger kreditiren wollte, müßte statt der bloßen Renovation eine neue Pfandurkunde, nach bestehenden Vorschriften, gefertigt werden.

Bei gehöriger Publikation des wiedereinzuführenden Landrechtsatzes 2154 und wenn künftig in allen neuen Obligationen ꝛc. die Zeit, in welcher dieselben gesetzlich erneuert werden müssen, bemerkt wird, darf man sich versichert halten, daß für keinen nur einigermaßen vorsichtigen Gläubiger eine wirkliche Gefahr durch die neue Institution zu befürchten steht, und daß dieselbe dagegen das Vertrauen zu unserem Hypothekenwesen ungemein stärken würde.

In Frankreich und Rheinbayern, wo der Landrechtsatz 2154 in seiner ursprünglichen Fassung fortbesteht, hört man dagegen keinerlei Klagen. Die Kosten, welche den Schuldnern nach so langer Zeit einmal durch eine solche Erneuerung zugingen, könnten bei der Einfachheit des Geschäfts, es werde nun den Pfandgerichten ausschließlich oder gemeinschaftlich mit den Notären übertragen, nur ganz unbedeutend sein und würden jedenfalls in gar keinem Verhältniß mit jenen stehen, welche durch Klagen auf Pfandstrich, öffentliche Aufforderungen und durch die kostspielige Renovation ganzer Unterpfandsbücher erwachsen. Die Letzteren würden künftig ganz hinwegfallen, oder doch nur noch in ganz außerordentlichen Fällen nöthig werden.

Möchte daher recht bald eine Verbesserung unseres Pfandwesens beliebt werden, wahrlich die Sache ist dringend und hochwichtig.

Ein richtiges Hypothekensystem, der feste Stützpunkt des Kredits und des öffentlichen Verkehrs, bringt in die wichtigsten und zahlreichsten Geschäfte des bürgerlichen Lebens eine Zuverlässigkeit und Sicherheit, welche den Geldumlauf befördert, die Industrie belebt und vielfachen unseligen Prozessen vorbeugt. Ein gutes Pfandsystem hat überall, wo es besteht, diese heilsamen Wirkungen geäußert.

††) Durch die Erneuerung übernimmt das Pfandgericht keine Haftung für den ursprünglichen Pfandeintrag, sondern nur dafür, daß die Erneuerung selbst in Ordnung sei. Wegen den Mängeln des alten Unterpfandsrechts oder Eintrags kann aber das damalige Pfandgericht seine Haftung nicht zurückziehen; indessen mag es die Betheiligten auf die Mängel aufmerksam machen, um ihnen, wenn sie noch Abhülfe erlangen könnten, dies aber versäumen, dereinst nach Satz 1148 a die eigene Verschuldung entgegen halten zu können. D. R.

Digitized by Google

Das Königreich Würtemberg liefert in neuester Zeit für diesen Erfahrungssatz den treffendsten Beweis.

Moriell, Kommissär.

II.

Ueber die sogenannten Receßbescheide.

Bei den so häufig vorkommenden Fällen, daß Gemeinden eine bedeutende Menge von Ausständen haben, pflegen die die Gemeinderechnungen prüfenden Staatsbehörden diejenigen Ausstände, deren Nichteinzug sie einer Nachlässigkeit des Rechners zuschreiben zu müssen glauben, dem Rechner zu Receß zuzuweisen, womit dann ausgesprochen ist, daß der Rechner aus seinem Vermögen diese Ausstände der Gemeinde zu zahlen habe.

Die Gemeinden halten sich durch diesen Ausspruch von dem Einzuge ihrer Ausstände bei den wirklichen Schuldnern für gänzlich befreit, sehen die Rechner als ihre Schuldner an und überlassen ihnen, auf eigenen Namen und eigene Rechnung die nothwendigen Prozesse gegen die Restanten zu beginnen.

Dieses Verfahren kann wohl in keiner Weise gerechtfertigt werden; denn die Revision oder Superrevision soll nur die Rechnung prüfen und darstellen, ob der Rechner seine Verpflichtungen erfüllt habe, oder ob und inwiefern dieses nicht geschehen sei; sie soll aber nicht und kann nicht aussprechen, was die rechtlichen Folgen der Nichterfüllung der Verpflichtungen von Seiten des Rechners seien, da dieses lediglich Sache des Richters ist. Der Rechner steht nämlich zu der Gemeinde in dem Verhältnisse des Mandatars zu dem Mandanten; er macht sich durch die Annahme der auf ihn gefallenen Wahl gegen Bezug eines Gehalts verbindlich, die in der Gemeindeordnung ihm zugewiesenen Geschäfte, wozu auch der Einzug von Gemeindeausständen gehört, zu besorgen.

§§. 127, 128 und 130 der Gemeindeordnung.

Landrechtsätze 1986 und 1987.

Kömmt er seinen Vertragsverbindlichkeiten nicht nach, so treffen ihn die in dem Landrechtsatze 1991 und ff. enthaltenen civilrechtlichen Folgen, welche, insofern eine außergerichtliche Vereinbarung hierüber nicht zu Stande kömmt, lediglich von dem Richter nach gepflogenen Verhandlungen ausgesprochen werden können.

Als Gemeindebeamter ist der Rechner der Verwaltungsbehörde, der Großherzogl. Kreis-Regierung, verantwortlich, welcher jedoch nur eine dienstpolizeiliche Strafgewalt gegen denselben verliehen ist.

§. 127 am Ende, §. 21 bis 27 der Gemeindeordnung.

Während nun die Revisionsbehörden durch ihren, wie ein niederschmetternder Blitzstrahl, auf die Rechner eindringenden Ausspruch „geht zu Receß“ die Rechner mit ihren Familien nicht selten in grenzenlose Geldverlegenheit versetzen, und wenn die Sache zur gerichtlichen Cognition kömmt, den Gemeinden nichts damit nützen, vielmehr noch schaden, erhalten die Staatsbehörden, welchen nach §. 26 der Gemeindeordnung das Recht der Untersuchung und Bestrafung gegen die Rechner zusteht, in der Regel nicht einmal Kenntniß von dem Verfahren der Rechner.

Es ist daher gewiß sehr zu wünschen, daß die Revisionsbehörden angewiesen werden möchten, statt ihres rechtlich wirkungslosen Ausspruchs „geht zu Receß“ den betreffenden Behörden behufs der Untersuchung und Bestrafung Anzeige zu machen, wenn sie bei einem Rechner Ordnungswidrigkeiten finden. Da die Rechner nicht selten auf den Ausspruch der Revisionsbehörden hin oder leider durch unbedingte Befehle von Aemtern angewiesen, Zahlung für die säumigen Gemeindebürger an die Gemeindekassen leisten, so mögen hier noch einige Worte darüber, auf welche Weise die Rechner zur Vergütung ihrer Auslagen gelangen können, einen Platz finden.

Die der Gemeinde zustehenden Klagen, gegen die Restanten, können, wie mir scheint, von dem Rechner nur kraft Vertrags, in Gemäßheit des Landrechtsatzes 1250 angestellt werden, denn unter die Fälle des Landrechtsatzes 1251 wird sich der vorliegende Fall nicht subsummiren lassen.

Der im Landrechtsatz 1251 Nr. 3 bezeichnete Fall, wenn nämlich Einer, weil er mit Andern oder für Andere eine Schuld zu zahlen hatte, ein Interesse dabei hat, daß sie getilgt wird, ist mit dem Vorliegenden nicht identisch; denn in jenem Falle wird wohl eine rechtliche Verbindlichkeit zur Zahlung vorausgesetzt, welche in unserm Falle nach dem oben gesagten nicht vorhanden ist —

Eine Geschäftsführung liegt nicht vor, denn die Zahlung geschah, wenigstens nach der Meinung des Zahlenden, nicht freiwillig.

Zachariä französisches Civilrecht, Bd. II. §. 411, es findet deshalb auch die Actio negotiorum Gestorum nicht statt.

Dem Rechner dürfte aber ferner noch die Condictio indebiti gegen die Gemeinde zustehen, denn sowohl die Gemeinde als auch der Rechner waren rücksichtlich der Person des Schuldners im Irrthum, und der Rechner kann, wenn er auch eine wirkliche Forderung der Gemeinde bezahlte, sie gleichwohl Condictione indebiti zurückfordern, wenn nicht die Gemeinde dagegen einwenden kann, sie sie habe ihre Rechtsurkunde vernichtet.

Landrechtsatz 1377. Zachariä l. c. §. 442.

Weitere Klagen dürften dem Rechner nicht zu Gebot stehen.

Fr. Schenkb.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe den 31. Juli 1841.

I.

Vergiftung des Schwiegervaters von seinem Schwiegersohn, ein Kriminalfall als Beitrag zur Lehre über den Anzeigenbeweis.

Casp. J. von Th. gebürtig, 36 Jahre alt, eines reichen Bauern Sohn, hat sein ansehnliches Erbgut verschwendet, und überdies seine Gläubiger noch in einen Verlust von 2194 fl. — gesetzt. Nach dem Tode seiner früh verstorbenen ersten Frau bewarb er sich um eine der Töchter des Baueyn Wm. in W., weil ihr Vater aber aus Gründen, die selbst höchsten Orts erheblich gefunden worden sind, ihm die Einwilligung versagte, entführte er die Tochter und ließ sich außer Landes trauen, daher Beide des Landes verwiesen wurden. Die entführte Tochter besaß so viel auerfallrnes Vermögen, daß J. sich im Stand fühlte, bei Br. ein Gut zu pachten. Er spann aber doch auch dabei keine Seide, sondern gerieth in Mangel und Noth, in welcher Wm. ihn und seine Tochter ihr Vergehen nicht entgelten ließ, vielmehr sie kräftig unterstützte, insbesondere erst im letzten Spätjahr ihnen 5 Viertel Waizen zum Ansäen der Felder — und 4 Wochen vor diesem in Frage liegenden Mordversuche 67 fl. baares Geld zur Zahlung des schuldigen Pachtzinses gab. Ueber das noch wenige übrige Vermögen der Frau ist ein Partikular-Konkurs ausgebrochen, und vor einigen Wochen die Schuldensammlung in M. gehalten worden, bei welcher beide Eheleute anwesend waren. Am 16. Febr. kam J. ohne äußere Veranlassung allein wieder nach M., das von seinem Pachtgute etwa 6 Stunden entfernt liegt. Unterwegs im Dorfe N. gab er dem alten Vogt Lt. auf die Frage: wo er hin wolle? zur Antwort: nach M., um seinen kranken Schwiegervater zu besuchen, welcher wohl nicht davon kommen werde. Erst nach der Betglockzeit fand er sich bei seinem Schwiegervater ein, als dieser schon zu Nacht gegessen hatte. Der Schwiegervater empfieng seinen Tochtermann freundlich, bedauerte, daß die Mahlzeit schon vorüber sei, erbot sich aber, ihm noch etwas zurichten zu lassen, und trug ihm ein Nachtlager an. J. schlug das Nachtessen aus, nahm blos etwas Branntwein von W. und ersuchte dessen Magd, bei dem Krämer F., der ihm noch schuldig sei, Kaffee und Zucker zu holen, was aber der Schwiegervater mißbilligte und daher unterblieb. Bald darauf hat sich J. von seinem Schwiegervater entfernt, und sich zum Krämer F. begebrn, bei dem er den ihm angebotenen Wein ausgeschlagen, aber Kaffee getrunken, auch für 6 Kreuzer Zucker und eben so viel Kaffee mit sich genommen, und so lange verweilt haben will, daß, als er vor seines Schwiegervaters Haus gekommen sei, um darin zu übernachten, solches schon geschlossen gewesen, und um keinen Lärm zu machen sich zu Nikl. begeben und allda auf der Ofenbank übernachtet habe. — Am andern Morgen, beiläufig um 7 Uhr, ging er wieder in seines Schwiegervaters Haus und gab der Magd den Kaffe und Zucker, um erstern zum Frühstück zu kochen. Die Magd trug den fertigen Kaffe in die Stube, worin J. allein sich befand, weil W. noch im Stalle das Vieh besorgte. In dessen Abwesenheit schenkte J. der Magd ein Schüsselein (J. sagt: eine Tasse) voll von solchem Kaffee ein, welchen sie in seiner Gegenwart trank, und gleich, nachdem sie ihre Portion genossen hatte, wieder in die Küche ging. J. behauptet aber, daß sie mit angesehen habe, wie auch Er zwei Tassen davon getrunken und für seinen Schwiegervater in eine da gestandene, saubere und leere Schüssel dessen Portion Kaffee zurecht gemacht und Weißbrod darein geschnitten habe. —

W. kam endlich nach Abfütterung des Viehs aus dem Stall in die Stube herauf, genoß etwa 3 bis 4 Löffel voll des von J. ihm zubereiteten Kaffeegemisches, und forderte zugleich den J. auf, auch mit ihm aus seiner Schüssel zu essen; dieser erwiederte aber, er habe das Seinige schon genossen, und Wm. werde nichts übrig haben. — Schon bei diesem wenigen Genuß äußerte Wm., daß ihm der Kaffee „*besonders vorkomme*, und er keinen mehr möge." Bei Ausschüttung des Kaffe's aus der Schüssel des Wm. fand sich ein Satz, der — nach der Aeußerung J. selbst — wie Rheinsand aussah. —

Digitized by Google

§. 2. Eine halbe Viertelstunde darauf entfernte sich J. aus dem Hause seines Schwiegervaters, nachdem er zuvor noch wegen angeblichem Uebelbefindens etwas Kirschenwasser auf Verlangen von seinem Schwiegervater bekommen und getrunken hatte. Kaum war J. fortgegangen, als es seinem Schwiegervater weh geworden ist und mehrmaliges Erbrechen sich bei ihm einstellte. Auch bei J. sind bald nachher im Hause des M. Isl. gleiche Erscheinungen eingetreten. Der von diesen Zuständen beider Personen, welche den Verdacht einer Vergiftung erregten, in Kenntniß gesetzte Ortsvorstand sandte schleunige Botschaft in den Amtsort, und die Justiz- so wie die Sanitätsbeamten eilten zur ärztlichen Hülfe so wie zur Untersuchung herbei. Sie fanden den 55 Jahr alten Wm., einen Mann von sonst gesunder starker Constitution, bei voller Geistesgegenwart, aber ermattet, mit blaßem Gesichte, gespanntem Unterleibe, noch andaurendem Kneipen desselben, eckelhaftem Aufstoßen und noch nicht völlig erloschener Neigung zum Brechen, mit etwas frequentem, härtlichen, gespannten Pulse. Am folgenden Tage (den 18ten) befand er sich besser, doch klagte er noch über Uebelkeit und Schwindel wenn er aus dem Bette aufstand, und am 22. wurde er wieder als hergestellt erklärt, aber doch noch in den ersten Tagen des Monats März mit Schwäche, Zittern der Gliedmaaße, mit Aufgedunsenheit des Gesichts, blauen Flecken der Augendeckel und der ganzen rechten Körperfläche befallen.

Der Untersuchungsrichter hat auf der Stelle alles zweckmäßig vorgekehrt. Es hat nämlich die Schüssel, in welcher Wms. verdächtiges Kaffee enthalten war, so wie das Milchkännchen, das Schüsselein, woraus die Magd Kaffee getrunken hat, das Löschpapier, worin noch ein Stückchen Zucker eingewickelt war, das, was Wm. von sich gebrochen hat, und was nur immer im Hause an Materialien verdächtig sein konnte, wohl in Verwahrung nehmen und von dem Physikat untersuchen lassen. Die chemische Untersuchung hat ausgewiesen, a) daß unter dem, was Wm. nach genossener geringen Portion Kaffee heraus vomirt hat, wirklich Arsenik begriffen gewesen ist; b) daß der Satz in der Schüssel, woraus Wm. den Kaffee genoß, ebenfalls aus Arsenik und Fliegenstein bestanden ist; daß hingegen c) in der Pfanne, worin der Kaffee geröstet worden, in dem Milchhäfelein, worin die Milch vorgesetzt worden, und in dem Kaffesatz, der noch in dem zur Untersuchung genommenen Kaffehafen befindlich war, ferner in dem geringen Zuckerrest und in dem Schüsselein, woraus die Magd getrunken hat, sich nicht das Mindeste von einem Gift verspüren ließ; eben so d) daß alle diejenigen Artikel, welche bei der im Hause des Wm. vorgenommenen Visitationen zur chemischen Prüfung geeignet erfunden und wirklich probirt worden, namentlich auch der Kirschengeist, wovon J. und Wm. genossen hatten, als ächt sich herausgestellt, und keine Spur eines Giftes darin sich gezeigt hat.

Das Gutachten des Medizinal-Referenten über den Zustand Wms. lautet in Uebereinstimmung mit jenen der Gerichtsärzte also:

„Hienach hatte Wm. alle Symptome, die ein verschlucktes, scharfes Gift anzeigen, — Rose, Plouquet u. s. w., und es bleibt eine ausgemachte Sache, daß Wm. durch den Genuß der 4 bis 5 Löffel voll Kaffee vergiftet worden ist; und da die von dem Physikat nach den reinsten Grundsätzen der Chemie mit Kupfer, Salmiak, mit der Hahnemannischen Weinprobe, mit Kupfer-Vitriol, mit einer dünnen Arsenik-Auflösung und die mit Königswasser gemachten Versuche auf das Pünktlichste angestellt worden sind, so bleibt kein Zweifel übrig, daß Wm. den zweiten Grad der arsenikalischen Vergiftung erlitten habe. —“

„Der von dem Physikat auch an Hunden angestellten Versuche brauche ich kaum zu erwähnen, weil theils die genauen chemischen hinlänglich überzeugend waren, theils man von den Wirkungen, die man an den Thieren wahrnimmt, nur mit Behutsamkeit auf den Menschen schließen darf.“ —

§. 3. J. hat, nachdem er von seinem Schwiegervater fortgegangen war, sich zu seinem Vetter Bl. begeben, daselbst den Wundarzt R. über seine Brustbeschwerden befragt, starken Durst bekommen, beinahe einen Schoppen Wasser getrunken; von da ist er in Krämers F. Haus gegangen, hat ein Stückchen Zucker begehrt, bekommen, versucht und wieder ausgespien; von da sich zu seinem Schwager Isl. begeben, schon unterwegs — wie er sagt — ein starkes Kneipen im Unterleib verspürt, und wieder Kirschengeist getrunken; sodann sich oft erbrochen, dem Anschein nach nicht mehr sprechen können und sich so fürchterlich bewegt und gebäumt, daß 3 bis 4 Männer ihn kaum haben halten können. Das Physikat traf ihn Nachmittags um 3 Uhr in sehr üblen Umständen an. — Was J. herausgebrochen hatte, war durch Unvorsichtigkeit der Isl.'schen Eheleute weggefegt, daher eine chemische Untersuchung damit nicht angestellt werden konnte. Obwohl die auffallenden Aeußerungen des Patienten zum Theil einer Verstellung desselben gleich sahen, oder an Verzweiflung eines schuldbewußten Menschen grenzten, wurde J. doch vom Physikat als vergiftet betrachtet und behandelt, auch in wenigen Tagen von seinem Uebel hergestellt. Der hofgerichtliche Medizinal-Referent war mit der Ansicht der Gerichtsärzte (dem Physikus nämlich und dem Landchirurg) einverstanden, und sprach sich darüber in seinem Gutachten umständlich also aus: „Ob nun gleich die Bosheit und Arglist mancher Menschen so groß und erfinderisch ist, daß sie verschiedene Krankheiten nachahmen können, wie hievon mehrere beinahe unglaubliche Beispiele zeugen. — Bartholin

Digitized by Google

observ., Bonnet theatr. med., Waldschmidt u. s. w.; wenn sich auch das Würgen, die Krämpfe, das langsame mit Röcheln untermischte Athmen, das strotzende, glänzende halb convulsivische Aussehen der Augen, das hochrothe Angesicht, die Unterdrückung der Sprache, die Unbeweglichkeit der Zunge, die halb lahmen Gliedmassen, das halb ohnmächtige Zurücksinken als nachgemacht annehmen läßt, Müller, Pyl und Andere; obschon J., wie die Akten zeugen, zu den verschmitzten Menschen gehört, auch seine Vergiftungskrankheit sich später geäußert hat, als die seines Schwiegervaters; ferner das durch das Klystier abgegangene Blut daher erklärt werden kann, daß auf den Gebrauch der Schwefelleber nicht genug Schleimichtes nachgetrunken worden, oder sonst etwas Hämorrhoidalisches zugegen gewesen ist; ferner: obgleich J. selbst eingestanden hat, er habe von den Töchtern Fs. unter dem Vorwand: als ob es ihm nicht recht wohl sei, Zucker verlangt; so muß ich doch mit dem Physikat dahin übereinstimmen, daß J. keine Krankheit simulirt habe, weil a) ein anfänglich harter und einwärtsgezogener, nachher aber trommelartig angespannter Unterleib eben so wenig als ein harter, wallender, krampfhafter Puls, wie er doch immer bei wirklichen Koliken zugegen, und wie er bei J. sowohl als bei Wm. befunden worden ist, nachgeahmt werden kann, Roose, Fahner und Andere; — b) weil nach der erzielten Genesung, und zwar mit Gegengiften, Mattigkeit und Zittern in den Gliedern zurückgeblieben ist, was doch J. bei etwaiger Verstellung nicht geradezu gewußt haben würde, daß es zur Fortsetzung der Vorspiegelungs-Scene nothwendig gewesen wäre; und c) die blauen Flecken, die an J. bemerkt worden sind, auch Wm. gehabt hat."

„Es ist durch diese drei genannten Umstände und durch die mit anpassenden Gegengiften erzweckte Hilfe hinlänglich erwiesen, daß alle obberührten Zufälle von verschlucktem, scharfem (arsenikalischem) Gifte hergerührt haben."

„Nun entsteht aber die Frage: hat J., da seine Krankheit nicht verstellt war, auch Arsenik und zwar von dem nämlichen, den Wm. mit dem Kaffee verschluckt hat, entweder durch Zufall oder durch eine andere Person bekommen, oder hat er ihn sich selbst beigebracht?"

Nach genauer Vergleichung der Akten können folgende Punkte zur Antwort dienen

1. „J. hat nach seinem eigenen Geständnisse weder Kaffee noch Milch, noch Zucker noch Brod aus der nämlichen Schüssel genossen, in welche er dem Wm. den Kaffee bereitet hatte."

2. „J. hat gegen das Auffordern seines Schwiegervaters auch mit ihm aus seiner Schüssel zu essen und zu trinken, erwiedert: „er habe das Seinige schon genossen und Wm. habe nichts übriges; folglich hat J. nicht den nämlichen Arsenik aus der Schüssel, aus welcher Wm. vergiftet worden ist, bekommen."

3. „Die Magd des Wm. hat von dem nämlichen Kaffee, von der nämlichen Milch, von dem nämlichen Zucker und von dem nämlichen Brod, und zwar aus dem nämlichen Schüsselchen genossen, von welchem und aus welchem auch J. genossen hat, und doch hat die Magd gar keine Beschwerlichkeiten vom Kaffee empfunden."

4. „Alle sowohl bei der Zubereitung als bei dem Genuß des von J. und der Magd getrunkenen Kaffee's angewendete, in lit. C, D, E, G, H, K. des physikalischen Berichts bezeichnete und chemisch geprüfte Gefäße waren von aller auch der entferntesten und feinsten Zumischung eines Arseniks frei. Folglich ist nicht einzusehen, wie J. beim Kaffeetrinken durch Zufall Arsenik sollte bekommen haben, und will man behaupten können, daß er von einer andern Person beigebracht worden?" Da

5. „die Unbefangenheit und Unerschrockenheit, womit die Magd sich und ihrem Meister vom J. den Kaffee einschenken sah und selbst trank, sie gewiß von der Vergiftung oder auch nur von dem Mitwissen derselben ganz entschuldigt und losspricht", auch

6. „Wm. nach der eigenen Erzählung seines Tochtermanns kein Selbstgiftmischer seie, oder im Giftmischen einen Mißgriff thun konnte, weil er blos kam, Kaffee vom J. bereitet vor sich fand, und annahm."

Ist es demnach nicht höchst wahrscheinlich, daß J., um sein Verbrechen zu maskiren, selbst etwas Arsenik genommen habe? Und daß vielleicht außer der schon vorher dagewesenen Kränklichkeit des J. durch die Angst des aufgewachten Gewissens, oder durch die quälende Furcht, er möge selbst zu viel Arsenik verschluckt und sich auch den Tod zubereitet haben, die von einer auch ganz geringen Gabe Arseniks entstandenen Symptome verstärkt worden sind? Weil es eine bekannte Sache ist, daß heftige Leidenschaft oder Gemüthsbewegungen auch unbedeutende Krankheitszufälle höchst bedenklich machen können. —

Hoffmann, Camerarius u. A.

§. 4. Der Justizbeamte, ein Mann von tiefer Einsicht, Menschenkenntniß und vielen in der Justizpflege gemachten Erfahrungen, hatte, abgesehen auch von seiner Ansicht, daß die Erscheinungen von Vergiftung an J. nur Verstellung seien *), nach den bereits erhobenen Thatsachen Grund ge-

*) J. hat auch im Verhör den Narren affektirt, aber auf Androhen ernstlicher Maßregeln die Maske abgelegt. Dieser Umstand hat den Inquirenten noch mehr in der Meinung einer verstellten Vergiftung des J. bestärkt, obgleich er wohl zugegeben, daß dieses Privaturtheil dem judicio medico nachstehen müsse und auf jenes die Untersuchung nicht gebaut hat.

Digitized by Google

nug, gegen J. die Untersuchung wegen Giftmischung zu richten, daher insbesondere den Umstand zu erforschen, wie und wo J. zum Besitz von Gift gekommen sei? Zu diesem Endzweck wurde bei dem obgedachten Krämer F. Hausvisitation vorgenommen, denn er ist ein in üblem Rufe stehender, verganteter und mit J. vertrauter Mann, der bei J's Entführungsgeschichte seiner Frau, der geborenen Wm., mit verwickelt war.

Man fand in seinem Hause auf erhabenen Schäften der Stube und Kammer allerhand Gifte, in specie weißen, rothen und gelben Arsenik, dessen er sich theils zu Kuren bei äußern Schäden an Pferden, theils und zwar des weißen Arseniks zum Potaschesieden und zwar auf Anrathen des J. bedient haben will, was dieser auch ad q. 137 eingestanden hat.

Der Krämer F. muß sich neben seiner Potasche- und Seifensiederei mit andern mehr oder weniger verdächtigen Dingen beschäftigt haben, weil außer dem vorgefundenen starken Vorrath von Arsenik, dem Salpeter, Salmiak und Zinkvitriol, auch Arsenikkupfer und ein gewisses caput mortuum aufgedeckt wurde. Das weiße Kupfer kennen auch gewisse Betrüger und Falschmünzer. Andere bei ihm gefundene Gegenstände deuten auf Segensprecherei, Goldmachen und Quacksalberei. F. gab auf Befragen an: er könne mit Wahrheit nicht sagen, daß J. jemals von ihm Arsenik verlangt und erhalten habe; dagegen habe J. Abends Kaffee und Zucker begehrt, um beides seinem Schwiegervater zu bringen. Er, F., habe ihm davon abgerathen, weil er gewußt, daß Wm. kein Liebhaber vom Kaffee sei, worauf J. erwiedert habe: er habe der W'schen Magd versprochen, Kaffee zu bringen. Dieser müsse er flattiren, weil sie vielen Einfluß auf seinen Schwiegervater habe, J. sei daher auf dem Empfang des Kaffee's und Zuckers bestanden. Des Krämers F. Ehefrau und Tochter gaben auch keine Auskunft. Vor ihrer Beeidigung als Zeugen wurde wegen ihrem vertrauten Verhältniß mit J. Umgang genommen.

J. behauptet im gerichtlichen Verhör nicht, der Magd versprochen zu haben, Kaffee zu bringen, sondern gab an: als Abends vorher sein Schwiegervater über das Kaffeeholen den Kopf geschüttelt, habe ihm die Magd gewunken, daß er doch bringen solle, und er also gedacht, dieselbe möchte den andern Morgen neidig werden, wenn er keinen Kaffee mitbringe. Die Magd wiedersprach diese so wie noch folgende Angaben des J. Er behauptete nämlich: 1. er habe seinen Kaffee in Gegenwart der Magd aus dem nämlichen Geschirr getrunken, woraus vorher die Magd den ihrigen genossen, und zwei Schnitten von dem ihr gegebenen Weisbrod getunkt, dieß Geschirr nannte er im Anfang seines Verhörs ein kleines Schüsselein, ex post aber bemerkt er: er verstehe darunter eine braune erdene Kaffeetasse mit einem gleichartigen untern Plättlein.

Die Magd hingegen gibt an: gleich als sie ihren Kaffee getrunken gehabt, habe sie sich wieder in ihre Küche verfügt und nicht gesehen, daß J. Kaffee getrunken habe. Auch sei das Geschirr, worin ihr dieser den Kaffee eingeschenkt, und woraus sie solchen getrunken habe, keine Kaffeetasse — deren ihr Meister keine im Haus habe, sondern ein irdenes Schüsselein, welches sie beim Vorzeigen anerkannte — gewesen. Wm. stimmt auch damit überein, daß er keine Kaffetassee im Haus gehabt habe.

2. Behauptet J., daß er noch in Gegenwart der Magd den für seinen Schwiegervater bestimmten Kaffee in die ihm vorgezeigte, auch recognoscirte Schüssel zurecht gemacht, und Brod dazu hineingeschnitten habe.

Die Magd wiedersprach dieser Angabe mit dem Bemerken: sie habe bei ihrem Fortgehen aus der Stube in die Küche bemerkt, daß J. das Kaffeekrüglein in die Hand genommen, wobei sie demselben gesagt habe: daß er dem Meister nicht so viel Milch darunter schütten solle, weil sie oft gehört habe, daß der Kaffee alsdann besser sei.

3. Behauptet J., daß, als sein Schwiegervater vom Stall herauf in die Stube gekommen sei, er J. noch den Rest seiner zweiten Tasse Kaffee — wie Jener habe sehen müssen — getrunken habe. — Wm. wiedersprach dieser Angabe und behauptete vielmehr, daß, als er in die Stube gekommen, J. ganz allein darin gewesen sei, und mit einem Löffel in der für ihn (Wm.) bestimmten Schüssel, gerührt und zu ihm gesagt habe: „Dieses sei nunmehr für ihn. —"

4. Behauptet die Magd: als J. zum Kaffee beim Bäcker Weisbrod geholt, sei er zu ihr in die Küche gekommen und habe gefragt: ob der Kaffee bald fertig sei? und gesagt: sie solle machen, daß der Meister auch mittrinke, somit auch für denselben ein Schüsselein in die Stube bringen.

J. hat dieser Aussage widersprochen, dagegen behauptet: als der Meister die Stiege heraufgekommen sei, sei dieselbe zur Thür hinausgeschossen und habe mit dem Meister einige Worte geredet. Die Magd erklärte die Behauptung J's für unwahr.

Endlich 5. behauptet J., daß der ihm vorgezeigte Kaffeehafen, welchen die Dienstmagd für denjenigen anerkannte, in welchem sie den Kaffee gekocht und in die Stube gebracht hat, nicht derjenige sei, in welchem der von ihnen genossene und in die Stube gebrachte Kaffee befindlich, vielmehr jener größer gewesen sei — weßwegen er verlange, daß jener rechte Kaffeehafen herbeigeschafft werde, alsdann werde sich bald zeigen, daß er, J., habe vergiftet werden sollen — zumal sein Schwiegervater gegen Sch. geäußert habe, daß er ihn, J., todt wünschte. — Die Magd hat ihre Aus-

Digitized by Google

sagen mit einem Eide bekräftigt und in der Confrontation dem J. standhaft vorgehalten.

Eben so haben beide Zeugen, der Förster L. und der Altvogt L. die Aeußerung des J. auf der Reise zum Schwiegervater, welche dieser hartnäckig läugnet, mit einem Eide demselben ins Angesicht bestätigt. Uebrigens gestand J. in früherer Zeit, als er vor seinem Wegzug nach Br. in D. gewohnt, seiner gesottenen Potasche oft Arsenik beigemischt und jetzt wieder den Krämer F. zu gleichem Verfahren berathen zu haben; läugnet aber hartnäckig, dermal Arsenik besessen oder von F. sich verschafft und zum Vergiften seines Schwiegervaters so wie seiner Selbst gebraucht zu haben.

Im Gegentheil sucht er die Schuld auf seinen Schwiegervater selbst zu schieben und unter allerlei Vorspiegelungen glauben zu machen, daß dieser im Einverständnisse mit seiner Magd ihn durch Vergiftung habe aus dem Wege räumen wollen. Gleiches Bestreben zeigte ein für ihn aufgetretener Vertheidiger, Adv. W., welcher in einer an das Obergericht eingereichten Beschwerdeschrift, die Thatsachen auf eine grelle Weise entstellte und behauptete, daß der Untersuchungsrichter in J. den unrechten Mann als den Urheber der Vergiftung erkenne und ihn seines kranken Zustandes ohngeachtet schonungslos behandle; daher die Bitte stellte: schleunigen Befehl an den Unterrichter zu erlassen, wornach dieser mit der Spezialuntersuchung gegen J. auf der Stelle einzuhalten und ihn auf freien Fuß zu setzen, oder wenigstens ihn in einer seinen Gesundheitsumständen angemessenen leidlichen Verwahrung zu halten, dahingegen den Wm. und seine Magd sogleich in gefängliche Haft zu nehmen u. s. w.

In dem Berichte des Inquirenten, welcher mit den Akten, vom Obergerichte verlangt worden, ist gesagt: diese Akten werden den vom Adv. W. in Schutz genommenen Casp. J. in einem andern Lichte hinstellen, sie werden auch zeigen, daß der Inquirent bei dieser wie bei allen seinen Inquisitionen mit der möglichsten Vorsicht zu Werke gegangen sei; daß J. in seinem kranken Zustande ins Gefängniß nach E. geschleppt worden, sei eben so unwahr wie manches andere, womit Adv. W. die Unschuld seines Clienten zu beschönigen suche, denn nicht nur auf Anrathen des Physikats sondern auf selbstiges Verlangen des J. sei derselbe und zwar nicht zu Fuß sondern in einem Fuhrwerk (Benne), aber freilich nicht in einen Gasthof, wie er verlangt habe, sondern in das Gefängniß verbracht, darin mit einem Bett versehen und überhaupt nach der ärztlichen Anordnung behandelt und verpflegt worden. Er sei nie in Fesseln gelegt worden und befinde sich nunmehr vollkommen wohl. Man habe nicht die geringste Veranlassung gehabt, gegen den wirklich vergifteten Wm. und gegen dessen Magd mit gleicher Captur fürzufahren. Daß Adv. W. die Magd des Fr. Wm. geradezu dessen Beischläferin nenne, müsse sich entweder auf nähere Wissenschaft hiervon gründen, oder für eine eigentliche Calumnie gegen einen rechtlichen Mann angesehen werden. Es sei übrigens Sache des Wm. wegen diesem ehrenrüheigen Vorwurfe Genugthuung zu fordern, was aber die beleidigenden Ausfälle des Adv. W. gegen das Verfahren des Inquirenten betreffe, so wolle man darüber mit Verachtung hinausgehen.

§. 5. Das vorläufig erstattete Gutachten des obergerichtlichen Referenten hat im Allgemeinen die Meinung ausgesprochen, daß die Beschuldigungen des Adv. W. gegen den Unterrichter grundlos seien; sodann nach Zusammenstellung der Thatsachen und auf das Ergebniß der angestellten chemischen Untersuchung folgenden Schluß gezogen: „Weder in der Kaffee- noch Milchkanne, noch in dem Schüsselein oder der Tasse, woraus J. und mit ihm die Magd den Kaffe genoß, ist Gift befindlich gewesen, höchst wahrscheinlich auch nicht in dem zum Kaffee genossenen Zucker und Brod, weil ja die Magd, wie J. selbst angab, sowohl von ersterm als auch von letzterm zwei Schnitten genossen hat, davon aber, daß sie ein Uebelbefinden nach der Hand gespürt hätte, lediglich nichts erhellt. Eben so wenig kann an dem Uebelbefinden des Wm. und J. der von beiden genossene Kirschengeist schuld sein, da dieser chemisch ächt erfunden worden ist und Wm. gewiß nicht davon getrunken hätte, wenn er ihn vergiftet gehalten hätte. Höchst wahrscheinlich hat also J. das Gift, das er bekam, nicht in dem W'schen Hause verschluckt. Dagegen ist es ganz außer allem Zweifel, daß Wm. den Arsenik, woran er erkrankte, mit dem ihm von J. in der Schüssel zubereiteten Kaffee erhalten und eingeschluckt hat. J. wird also äußerst verdächtig, das in dem von ihm selbst gemachten Kaffeegemisch, welches er seinem Schwiegervater vorgesetzt, befindlich gewesene Gift hinein gethan zu haben, da er ja eigenem Geständnisse nach ganz allein diese Kaffeeportion seines Schwiegervaters zurecht gemacht hat, auch, wie vornen gezeigt, weder in dem Kaffee selbst, noch in der Milch Gift befindlich, auch höchst wahrscheinlich weder in dem Brod noch Zucker Gift versteckt gewesen sein kann; wogegen sein Einwand, daß die Magd in der Stube gewesen sei, als er den Kaffee zubereitet hat — was aber die Magd standhaft widerspricht — nichts verfangen mag, da er ja selbst angab, daß, als der Meister die Stiege heraufgekommen, dieselbe zur Thüre hinausgeschossen sei, in welcher Zwischenzeit das Giftpulver gar leicht in den Kaffee hätte geschüttet werden können. Vielleicht — ließe sich ferner einwenden — ist aber das Gift schon in der Schüssel gewesen, in welche J. nochmals den Kaffee zurecht gemacht hat? Allein! die eigene Antwort des J., daß solche Schüssel, worin er seines Schwieger-

Digitized by Google

vaters Kaffee zurecht gemacht, sauber und leer gewesen, widerlegt dies gänzlich, auch ließe sich in der That kein vernünftiger Grund ersinnen, daß vorher Jemand Gift in solche Schüssel gethan haben sollte, denn, wenn Wm. und seine Magd — wie J. vorbilden will — die Absicht gehabt haben sollten, ihn zu vergiften, würden sie nicht in die für erstern bestimmte Schüssel Gift gethan haben. Der fernere Einwand des J., daß weder der vorgezeigte Kaffeehafen, noch das vorgezeigte Trinkschüsselein diejenigen seien, die damals beim Kaffeetrinken vorhanden gewesen, scheint mir gleichfalls von keiner Erheblichkeit zu sein, denn wenn auch der Kaffee in einem andern Hafen gesotten und aus einer andern Tasse von J. und der Magd getrunken worden sein sollten, so kann weder in diesem andern Kaffeehafen, noch andern Kaffeetasse Gift befindlich gewesen sein, weil ja — wie J. selbst eingestand — die ganz gesund gebliebene Magd vor ihm zwei Tassen Kaffee aus dem nämlichen Hafen und Tasse getrunken hat. Zudem ist aber auch das Vorgeben J's allem Anschein nach unwahr, da nach Chirurg R. und Vogt Br., die zu dem kranken Wm. gerufen wurden, dieses Kaffeegeschirr in Verwahrung genommen haben.

So unerheblich demnach diese Einwendungen sind, um eben so sehr viel verstärkt sich der Verdacht gegen J. durch nachfolgende weitere Thatumstände:

Er behauptete, daß seine Absicht nicht gewesen sei, zu seinem Schwiegervater nach M. zu gehen, sondern daß er durch seinen Vater, um mit demselben wegen dem Sonnenwirthshaus zu sprechen, erst dazu veranlaßt worden sei. — Im Widerspruche hiemit aber haben zwei eidlich abgehörte Zeugen (die schon obenerwähnten) ausgesagt, daß J. in des letztern Zeugen, Vogts L. Haus, (N.B. damals war J. noch nicht bei seinem Vater) auf die Frage: wo er hin wolle? geantwortet: „nach M., um seinen kranken Schwiegervater zu besuchen, der wohl nicht davon kommen werde", — oder wie der zweite Zeuge sagte: „der sterben könne oder werde." —

„Hiezu kommt, daß bei dem Krämer F., bei welchem J. den Zucker und Kaffee ausnahm, und welcher nach amtlichem Zeugniß ein Mann von schlechtem Ruf ist — welcher auch mit J. in alter Connexion steht und bei der Entführung der W'schen Tochter mit complicirt war" — bei vorgenommener Visitation in dessen Hause, auf erhabenen Schäften der Stube und Stubenkammer allerhand Gift, insbesondere weißer, rother und gelber Arsenik vorgefunden worden sind. Den Verdacht gegen J. bestärken noch

a. daß, wie er eingestand, sein Schwiegervater ihn aufgefordert hat, auch mit aus seiner Schüssel zu essen, daß er es aber abgelehnt hat, welches, da er doch sah, daß der Alte an dem Kaffee strauchelte, schon einigermaßen verräth, daß er von der Beschaffenheit desselben unterrichtet gewesen sein mag;

b. daß er, ohnerachtet er Abends vorher merkte, daß sein Schwiegervater am Kaffeeholen keinen Gefallen bezeigte, und ohnerachtet er eben deßwegen — selbst zu erkennen gab, daß, weil er gesehen, es sei solches seinem Schwiegervater zuwider, er, um das gute Vernehmen mit demselben nicht zu unterbrechen, das Kaffeeholen unterlassen habe; dennoch andern Tages Kaffee in das Haus gebracht und diese seine mit ersterer im Widerspruch stehende Handlung mit nichts als der absurden Antwort zu bemänteln gewußt hat: als Abends vorher sein Schwiegervater über das Kaffeeholen den Kopf geschüttelt, habe ihm die Magd gewunken, daß er doch holen solle, und er also gedacht, dieselbe möchte den andern Morgen neidig werden, wenn er keinen Kaffee mitbringe. — Dazu kommt

c. das vorgebliche Trinken des Kaffee's während sein Schwiegervater im Stall war, welches, wenn es wahr wäre, auf eine große Unart hinausliefe, und von demselben fast nicht zu vermuthen wäre; zudem ist

d. sein vorgebliches Kaffeetrinken höchst unwahrscheinlich, denn nach der Probe ist in den Kaffee- und Milchkannen nicht so viel Fluidum über Abzug der von der Magd getrunkenen und in der Schüssel für Wm. befindlichen Portion übrig geblieben, daß J. auch noch zwei Tassen davon getrunken haben könnte. Doch dient es dem J., wenn er auch Kaffee getrunken hat, nicht zum Vorstand, weil gezeigter Maßen Kaffee und Milch unvergiftet waren.

e. Ist kein Interesse, warum Wm. den J. zu vergiften Ursache gehabt haben könnte, wohl aber vice versa ersichtlich. Sollte endlich

f. gar dasjenige Grund haben, was die W'sche Magd selbst noch in der Confrontation behauptet hat, daß nämlich J. ihr angesonnen habe, zu machen, daß auch der Meister Kaffee trinke; daß ferner derselbe bei Untersuchung des Bodensatzes in der W'schen Schüssel den Grund dieses Satzes zu vielem Zucker beigemessen habe; so wären dieß lauter data, welche dem urtheilenden Richter von äußerstem Gewicht erscheinen müßten.

Allem Vermuthen nach hat J. seinem Schwiegervater Gift in den Kaffee gemischt. Ich sage, allem Vermuthen nach, weil ich nicht chemisch bestimmen kann, ob es nicht möglich wäre, daß etwa unter den Stücken Zucker oder Brod, welche in des Wm's Schüssel gemischt worden sind, so viel Gift, als man fand, ohne daß es J. gewußt hätte, befindlich gewesen sein könne, daß somit gerade an dem Zucker und Brod, welches die Dienstmagd genoß, von diesem Teufelszeug nichts anhing und befindlich war? Ueberzeugen kann ich mich zwar nicht davon, jedoch es auch nicht als unmöglich erklären, weil dieß nicht in mein Kunstfach

Digitized by Google

einschlägt. Wäre aber dieß der eintretende Fall, so läge der Schlüssel vor: warum vom nämlichen Kaffee Schwiegervater und Tochtermann krank geworden sind, die Magd aber wohl geblieben ist."

Allen diesen Umständen nach ist die Wm.'sche Magd von allem Vorwurf einer Theilnahme an der Giftmischung frei, und ihr Zeugniß ist von großer Erheblichkeit. J. sucht zwar dieses Weibsbild verdächtig zu machen, theils als ob sie mit ihrem Meister in einer ihn betreffenden Vergiftung in geheimer Abrede gestanden hätte, theils daß sie überhaupt diesem Meister, der insgeheim mit ihr zuhalte, zugeneigt sei, theils auch bei der Inventur zum Nachtheil der Kinder Verschiedenes verschwiegen habe; allein! ihre vorgebliche Theilnahme an einer Giftmischung ist offenbar Chimäre, und das Andere unerwiesenes, theils de auditu herrührendes Geschwätz des jetzigen Ehemannes, der von Wm. geschiedenen ersten Ehefrau, wovon die Js. sche Ehefrau die leibliche Tochter ist. Die Magd, sowie ihr Meister haben in dem Sittenzeugniß von den Vorgesetzten ein sehr gutes Lob.

Aus Allem dem kann meines Erachtens geschlossen werden: Wm. hat den J. nicht vergiftet; höchst wahrscheinlich aber tritt der umgekehrte Fall ein.

Auch gegen diesen Satz macht J. allerhand Einwendungen: a) Ein Mann, wie sein Schwiegervater, der schon seine zweite Ehefrau wahrscheinlich vergiftet habe, stehe in böser Vermuthung in eodem genere delicti; b) derselbe habe seinem Ehenachfolger Sch. eingestanden, er wünschte, daß sein Tochtermann todt wäre. Allein! ad. a, haben zwar der Wm.'sche Stiefsohn Jösl. und dessen Stieftochter bezeugt, daß Wm. einmal ihrer Mutter etwas Weißes, das er mit dem Rebmesser verdrückt, in den Branntwein, den aber die Mutter nicht getrunken, gethan, auch einmal verdächtigen Wein, der grün und wüst ausgesehen, der Mutter vorgesetzt, diese aber nicht getrunken habe. — Da aber Wm. in Abrede zieht, gedacht seiner verstorbenen Frau je etwas anderes, als auf ihr Verlangen Katzenstein — den so das Physikat für unschädlich erklärte — in Branntwein gethan, oder je andern, als ächten Wein vorgesetzt zu haben, mit dem Anfügen, daß dieselbe solchen oft 8 Tage lang versteckt habe, wodurch leicht geschehen sein könne, daß der Wein eine andere Farbe bekommen habe — so läßt sich von selbst erachten, daß mit dieser Anzeige gegen Wm. nicht viel ausgerichtet werden kann; insbesondere würde in keinem Fall solcher Umstand auf gegenwärtige Untersuchung Einfluß haben, da voran gezeigter Maßen Wm. an der Vergiftung des J. unschuldig und ganz verdachtlos ist. Gleiche Bewandtniß hat es mit dem Umstand ad. b, nach welchem obgedachter Sch. ausgesagt hat: vor 3 oder 4 Wochen habe Wm. bei ihm geschlafen; sie hätten da von Js. gepachtetem Gut gesprochen, und ersterer geäußert, daß er nicht glaube, daß J. darauf bestehen könne, mit dem Anfügen: es wäre eben nichts besser, als wenn J. sterben würde, alsdann würde er seine Tochter und ihr Kind zu sich nehmen, denn für diese habe er Brod, für den J. aber nicht — welch Alles Wm. in Abrede gezogen, und auf gegenwärtige Sache eben so wenig Einfluß hat, als die weitere Erzählung des nämlichen Sch., vermöge deren er von seiner Ehefrau (der geschiedenen von Wm.) habe erzählen gehört: a) daß Wm. einmal in seiner schweren Krankheit seinem Beichtvater eingestanden habe, mit 4 Weibern Ehebruch getrieben zu haben; b) daß derselbe seiner schwangeren Frau einen Trank zum Kind abtreiben gegeben habe. —

Mit gutem Grund hat der Inquirent bei diesen Gegenständen einen Halt gemacht, indem aus allen diesen Umständen gegen Wm., dessen Unschuld in Ansehung der J. schen Vergiftung klar zu Tage liegt, kein gegründeter, auf solches Vergehen hinweisender Verdacht entstehen würde.

Wenn dann aber J. in dem Wm. schen Hause nicht vergiftet worden ist, so frägt sich billig: auf welche andere Art ist ihm dann solches beigebracht worden?

Antwort: Das weiß ich nicht, denn darüber geben die Akten lediglich keine Auskunft, sondern lassen uns eine weite Leere zu allen möglichen Vermuthungen, unter denen die eben nicht die ungereimteste ist, daß etwa J., als er gemerkt, daß das Gift bei seinem Schwäher zu wirken anfange, um allen Verdacht von sich abzuwälzen, ebenfalls eine kleine Portion Arsenik verschluckt haben möchte, welches nachmals, weil er viel Branntwein nach genossen, heftigere Wirkungen hervorgebracht, als er anfänglich calculirt hat. Es scheint wenigstens, daß er, weil er beim ersten Krankheitsanfall Milch vor sich stehen hatte, und immer darnach deutete, daß er von deren Wirkung gegen Gift unterrichtet gewesen sein dürfte. —

§. 6. Auf diesen Vortrag hat das Obergericht beschlossen:

1. Die Akten dem hofgerichtlichen Medizinal-Referenten zur Begutachtung, insbesondere über die Frage zuzustellen: ob nicht etwa der Fall hätte eintreten können, daß gerade an dem Stück Zucker oder Brod, welches J. in seinen und seines Schwiegervaters Kaffee gethan, Arsenikheile angehängt haben, wogegen diejenigen Zucker- und Brodstücke, welche die Magd genossen, davon frei gewesen?

2. Dem Inquirenten aufzugeben, gegen den Krämer F. eine besondere Untersuchung, sowohl wegen dem Gebrauch der verschiedenen Gifte und anderer Artikel, als auch wegen der bedenklichen Papiere nach Anleitung der chemischen Gutachten zu veranstalten, dabei aber wegen der zu sich genommenen Potasche Vorsorge zu treffen.

Der Medizinal-Referent hat die ihm vorgelegte Frage kurz also beantwortet: „Wenn hier blos von der Möglichkeit die Rede sein soll, so hab' ich gegen diese und

Digitized by Google

gegen die aus ihe herzuleitende Erklärung, warum blos Wm. und J. vergiftet worden sind, gar nichts einzuwenden, allein da so palpitable Data vorhanden sind, welche diese Möglichkeit sehr entbehrlich machen, und da ferner aus den Akten ersichtlich ist, daß, a) die im Wm.schen Hause noch vorgefundenen Zuckerstücke sammt dem dazu gehöreigen Löschpapier gar nichts Arsenikalisches enthielten; b) die Behauptung J.s, bei seinem Schwiegervater in der Magd Gegenwart Kaffee getrunken zu haben, von der Magd geradezu für unwahr erklärt wird, — und Wm. jene Behauptung J.s nur auf ein klein wenig Kaffee zugibt; aber, c) noch ungewiß ist, ob J. auch Brod zum Kaffee genossen habe? wovon er wenigstens keine Erwähnung thut; und endlich d) die vorstehenden kundigen Data es beinahe bis zue Evidenz darthun, daß J. bei dieser Geschichte die Rolle des Giftmischees meisterhaft gespielt habe, so werde ich mich bei Beantwoetung dieser Frage länger aufzuhalten um so eher dispensirt werden, als ich ohnehin mit meiner gedehnten Arbeit schon lästig zu sein befürchten muß."

Nachdem die Untersuchungsakten mit den angeordneten Ergänzungen, insbesondere auch mit dem abgehaltenen Schlußverhör der Urkundspersonen wieder an das Obergericht eingesandt, die Vertheidigungsschrift für J. erhoben und ausführlicher Vortrag von einem zweiten Referenten erstattet war, ist vom Gerichtshofe folgendes Urtheil gefällt woeden:

Casp. J. sei wegen dringenden Verdachts, daß er seinen Schwiegervater Wm. zu M. duech beigebrachtes Gift habe tödten wollen, sodann wegen gebrochener Landesverweisung, endlich wegen frevelhaften und dem menschlichen Leben gefährlichen Gebrauchs des weißen Aesenik unter der Potasche, zu dreijähriger Verwahrung im Zuchthaus, jedoch ohne körperliche Züchtigung, zu verurtheilen.

Zugleich ist der Krämer F. wegen Gift-Manipulation unter die Potasche zu sechswöchentlicher Schellenwerkstrafe verurtheilt worden.

§. 7. Beurtheilung des Einsenders.

Sind Anzeigen, (indicia, Inzichten) Thatsachen oder Begebenheiten, aus welchen auf das Dasein eines Verbrechens oder Attentats sich schließen läßt, und wird ein Beweis aus Anzeigen, dem natürlichen aus Geständniß oder Zeugenaussagen gegenüber, ein künstlicher genannt, so wird der im voeliegenden Falle gegen Casp. J. hergestellte Beweis der Giftmischung an seinem Schwiegervater auch zu den künstlichen gehören. Es sind zwar durch sogenannte natüeliche Beweismittel, nämlich durch den gerichtlichen Augenschein, durch den Erfund der Gerichtsärzte und durch die chemischen Proben, ferner durch Zeugniß und selbst durch theilweises Geständniß des Inkulpaten die Thatumstände außer Zweifel gesetzt, daß das Kaffegeschier mit seinem Inhalte — dem Kaffee und der Milch — aus den Händen der Magd rein von Gift in die Stube auf den Tisch gesetzt wurde, daß auch die Magd ihre Portion mit dem vom Inkulpaten ihr gegebenen Stücklein Brod in reinem Zustande genoß, und kein Uebel erlitt, daß dagegen der vom Inkulpaten in einer reinen Schüssel angerichtete und mit eingebrocktem Brode seinem Schwiegervater vorgesetzte Kaffee mit weißem Arsenik vergiftet war; daß der Schwiegervater auf den Genuß von nur wenigen, 4 bis 5 Löffeln voll, die ihm nicht wohl schmeckten, die Wirkungen von Vergiftung empfand, und daß in demjenigen, was der Schwiegervater herausgebrochen hat, eben so wie in seiner Schüssel, in dem sogenannten Satz, weißer Arsenik sich herausgestellt hat. Alle diese Thatumstände stehen in einem solch unmittelbaren und nothwendigen Zusammenhange mit der vom Schwiegersohne verübten Giftmischung, daß das Gegentheil sich nicht als möglich, wenigstens nicht für wahr halten läßt. Allein! weil doch die Giftmischung selbst weder durch Augenzeugen bestätigt noch vom Inkulpaten eingestanden ist, sondern aus den vorangeführten zusammentreffenden Umständen gefolgert wird; weil es ein Beweis durch Vernunftschluß ist, gehört er zu den sogenannten künstlichen Beweismitteln. Darum aber ist er nicht minder stark und vollkommen als ein natürlicher Beweis, ja! ich möchte ihn diesem vorziehen, da er bis zur Evidenz gesteigert ist.

Die von dem hofgerichtlichen Referenten aufgestellte Frage über die Möglichkeit:

„ob nicht der Fall hätte eintreten können, daß gerade in dem Stück Zucker oder dem Stück Brod, welches J. in seinen und seines Schwiegervaters Kaffee gethan, Arsenikttheile angehängt haben, wogegen die Brod- und Zuckerstücke, welche die Magd genossen, davon frei gewesen?"

ist keineswegs dazu geeignet, das Dasein des vollständigen Beweises in Zweifel zu ziehen. Dem Medizinalreferenten ist diese Frage — wie wir oben gesehen haben — so müssig und auffallend erschienen, daß er solche am Schlusse seines Gutachtens nur kurz berührt und mit den vorliegenden handgreiflichen *) Daten als unvereinbar erkläet hat. Es ist auf diese wirklich sonderbare Frage über eine Möglichkeit, die mit den Thatumständen nicht harmoniet, dasjenige zu bemerken, was Stübel in seinem Werke über den Thatbestand gesagt hat:

„sobald ein wirkliches Causalverhältniß da ist, woraus eine Erscheinung erklärt werden kann, so lange ist es unvernünftig, sie darum nicht daraus zu erklären, weil noch ein Anderes möglich ist."

(Schluß folgt).

*) Wie er sich ausdrückte.

Hauptredakteue: Vicekanzlee Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe den 7. August 1841.

I.

Vergiftung des Schwiegervaters von seinem Schwiegersohn, ein Kriminalfall als Beitrag zur Lehre über den Anzeigenbeweis.

(Schluß).

§. 8. Es ist damit auch zugleich die Absicht des Inkulpaten bewiesen, seinen Schwiegervater durch Vergiftung zu tödten. „Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit" sagt L. 6. Cod. de dolo malo. Nach dem badischen Strafedikt §. 71 c. wird die Absicht zu tödten aus vorausgegangenen, begleitenden und nachgefolgten Aeußerungen oder Handlungen bewiesen, oder sie wird vermuthet durch den Gebrauch eines allgemein tödtlichen Instruments, d. h. eines solchen, das nicht nur seiner Verfertigung nach zum Angriff oder zur Vertheidigung bestimmt ist, sondern wobei auch, wenn es einmal in Bewegung gesetzt ist, der Thäter an der Direktion der Wirkung nichts mehr in seiner Gewalt hat, als z. B. Schießgewehre, Gifte. Diese gesetzliche Vermuthung wird außer den oben zusammengestellten Umständen durch weitere, meistens psychologische Gründe noch mehr an's Licht gestellt;

a. ist Inkulpat ein Mensch, dem man vermöge seines schlechten Charakters und Lebenswandels die schwarze That zutrauen kann;

b. er hatte ein großes Interesse an dem Tode seines Schwiegervaters, der ein Vermögen von beiläufig zwölftausend Gulden besaß, wovon J's Frau die Hälfte geerbt hätte;

c. seine von zwei klassischen Zeugen eidlich bestätigte Aeußerung auf der Hinreise zu seinem Schwiegervater, wornach dieser lebensgefährlich krank sein sollte, obgleich derselbe gesund war. Inkulpat hat sich nicht durch eine etwa erhaltene falsche Botschaft zu entschuldigen gewußt, sondern geradezu die Wahrheit der Zeugnisse mit frecher Stirne geläugnet. Durch die erste Handlung hat er seinen bösen Vorsatz und durch die andere seine Schuld verrathen. Nur dadurch läßt sich

d. seine Zudringlichkeit erklären, gegen den Willen seines Schwiegervaters Kaffee und Zucker nebst Weißbrod am andern Morgen in's Haus zu bringen, die Magd aufzufordern, ihren Dienstherrn zum Kaffeetrinken zu bereden und dem Schwiegervater ein ungewöhntes Frühstück selbst in der Schüssel anzurichten, und als derselbe aus dem Stalle kam, zum Genuß vorzusetzen;

e. zur Ausführung seines Vorhabens fehlte es ihm nicht am Mittel. J. ist von lang her in der Uebung mit Gift zu manipuliren. Er gesteht, daß er öfters Gift durch einen jetzt weggejagten Burschen aus der Apotheke habe holen lassen, als er vor dem Zug nach Br. in D. gewohnt habe. Er ist ein lebensgefährlicher Giftmanipulant, indem er gesteht, daß er oft zu seiner gesottenen Potasche Arsenik gethan [illegible] den Krämer F. zu gleichem Verfahren verrathen habe; denn die Potasche wird nach des Inkulpats Ausführung auch in der Apotheke so wie in den Zuckerbäckereien gebraucht, und es ist nicht wahr, daß Arsenik zu irgend einer Gattung von Potasche zu thun nöthig und erlaubt wäre. War Inkulpat nicht schon bei sich mit Arsenik versehen, als er den Weg von seinem Wohnort nach jenem seines Schwiegervaters antrat, so verschaffte er sich solchen bei seinem Freunde gleichen Gelichters. Den mehrgedachten Krämer F., den er besuchte, bei dem er den Kaffee und Zucker holte, und bei dem auch laut dem gerichtlichen Visitationsprotokoll ein starker Vorrath von Arsenik vorgefunden worden ist, ein gleiches Material, wie es sich am Orte der Vergiftung erprobt hat;

f. seine eigene Selbstvergiftung — wenn deren Symptome nicht Wirkungen seiner Verstellung und sonstigen Unwohlseins waren — liefert einen weitern Beweisgrund, daß er im Besitze von Gift war, denn unter den erhobenen Verhältnissen konnte ihm von Niemanden anders als von ihm selbst Gift — und zwar nur in geringer Dosis — beigebracht worden sein. Seine Behauptung, daß er selbst im Hause seines Schwiegervatees und zwar zuerst eine Portion Kaffee getrunken habe, und daß er selbst davon vergiftet worden sei, steht mit allen Umständen und mit dem glaubwürdigen

Digitized by Google

Zeugnisse der Magd zu sehr im Widerspruche, als daß sie nur die geringste Beachtung verdienen könnte. Es ist überflüssig, den von den Gerichtsärzten und Referenten aufgestellten Vermuthungen über die Motive des Inkulpaten zur Selbstverzeigung weitere Betrachtungen beizufügen. Es genügt zu seiner Beurtheilung, daß er als der Giftmischer, in der Absicht, seinen Schwiegervater aus dem Wege zu räumen (zu tödten), herausgestellt, und vollständig überwiesen ist.

§. 9. Eine Verhaftung im Zuchthause durch richterliches Urtheil auf einen unvollständigen Beweis, oder wie im obergerichtlichen Urtheil gesagt wird: „auf dringenden Verdacht" läßt sich nach vernünftigen Rechtsprinzipien nicht rechtfertigen. Darüber sind die neuern Kriminal-Rechtslehrer einig. Dagegen ist die Frage: „darf und soll auch bei einem Beweise durch Anzeigen — dem s. g. künstlichen Beweise, eine peinliche Strafe stattfinden? darf auf zusammentreffende Inzichten überhaupt das Schuldig ausgesprochen werden?" immer noch bestritten. Sie wird in Hohnhorsts V. Jahrgang der oberhofgerichtlichen Jahrbücher S. 261—271 verneinend beantwortet. Anderer Meinung ist der Verfasser der Abhandlung im Archiv der Rechtspflege und Gesetzgebung für das Großherzogthum Baden, 1. B. 1. H. S. 93 und f. (Geheimer Rath Fehr. v. Weilen), denn obgleich er die Ansicht derjenigen zu widerlegen sucht, welche behaupten, daß dem Art. 22 der peinlichen Gerichtsordnung durch den §. 14 des badischen Strafedikts von 1803 derogirt sei; so stellt er doch sub. num. 2 eine aus der bestehenden Gesetzgebung hergeleitete Maxime auf, welche den künstlichen Beweis dem natürlichen vollkommen gleichstellt, indem sie also lautet: „Was bloße Anzeigung oder bloßer Verdacht sei, (wovon der Art. 22 der peinlichen Gerichtsordnung redet) und was, obgleich nicht aus der unmittelbaren Anschauung der That hervorgehend, doch keinen andern Zusammenhang der vorliegenden Erscheinungen, als wie Ursache und Folge vernünftigerweise denken lasse, sohin nicht bloßen Verdacht, sondern wirkliche Gewißheit der That herstelle? — Dies bleibt dem Ermessen des Richters im einzelnen Falle überlassen."

In der unmittelbar darauf folgenden Abhandlung über denselben Gegenstand, loc. cit. S. 101 und ff., sagt der Verfasser über obige Maxime im Eingange folgendes: „Wenn ich den wörtlichen Ausdruck dieser Maxime mit der praktischen Anwendung in Verbindung bringe, welche sie in dem mitgetheilten merkwürdigen Kriminalfalle des S. gefunden hat, so wird dieselbe gleichlautend sein mit dem Rechtssatze: „Zu peinlicher Strafe kann man nach dem bestehenden vaterländischen Rechte verurtheilt werden nicht bloß auf natürlichen Beweis, sondern eben so auch auf blos künstlichen — Inzichten-Beweis, vorausgesetzt, daß nach dem Ermessen des Kriminalgerichts die vorhandenen Inzichten und zusammentreffenden Umstände mit dem fraglichen Verbrechen in einem solchem Kausalzusammenhang stehen, daß sich vernünftigerweise ein anderer nicht denken läßt. Ich vermag mich von der allgemeinen Richtigkeit und Wahrheit dieses Grundsatzes nicht zu überzeugen u. s. w."

Der Verfasser (Geheimer Rath Professor Duttlinger) sucht nun die Theorie zu begründen, daß der Thatbestand des Verbrechens und die Person des Thäters für den Kriminalrichter niemals gewiß sei, außer wenn er deren Kenntniß aus einer der drei natürlichen Quellen, aus sinnlicher Wahrnehmung des Gerichts selbst, aus dem Geständnisse des Angeschuldigten, oder aus gehörig beschaffenen Zeugen-Aussagen geschöpft habe.

Gleiche Bestimmung hat eine dritte Abhandlung im Archiv 3. H. S. 506 und f. von Ober-Hofgerichtsrath Esser, welcher im Eingang eine Bemerkung über den Uebelstand macht, daß die höchst wichtige Frage: „darf auf zusammentreffende Inzichten peinliche Strafe erkannt werden?" bei jedem vorkommenden Falle zur Aeußerung abweichender Ansichten bei den großherzogl. Gerichtshöfen Anlaß gebe, und es größtentheils vom Zufall abhänge, ob der Angeklagte freigesprochen oder schuldig erklärt werde, je nachdem die gerade anwesenden Richter der einen oder der andern Ansicht gegeben seien.

Diese Meinung der beiden letztern Verfasser der Abhandlungen kann ich nicht theilen, denn a) widerspricht sie dem Zwecke der Strafgesetzgebung, da hiedurch die meisten Verbrechen ungestraft bleiben. Selten pflegt der Angeschuldigte, besonders der kluge und geübte Verbrecher, zu gestehen, und noch seltener sind gerade zwei klassische Zeugen bei seiner That gegenwärtig; die meisten Verbrechen werden absichtlich im Dunkeln begangen. b) Es ist gegen die Logik, die richterliche Ueberzeugung (gute Richter vorausgesetzt) auf den guten Willen des Angeschuldigten, oder auf die, doch nicht immer zuverlässigen, Aussagen der Zeugen zu beschränken, und andere, in der Regel viel maßgebendere und bündigere Prämissen auszuschließen. Die Zulässigkeit dieser letztern läßt sich aber auch c) historisch und aus dem Gesetze darthun. Die gewöhnliche Beweis-Theorie ist nicht gemeinrechtlich. Das römische Recht kennt die Eintheilung in ganzen und halben Beweis nicht, sondern ließ überhaupt wohlbegründete Vernunftschlüsse zu. Die l. ult. Cod. de prob. nimmt Zeugen, Urkunden oder indicia ad probationem indubitata et luce clariora an. „Cum multa concurrant argumenta et signa, quae inter se consentiunt, rem perspicuam, non suspiciosam videri oportet, libri Rhetor.

ad Herenn l. 2 c. 7. Treffend sagt *Cicero* in einem Beispiele de or. c. 40. „Si et ferro interfectus aliquis, et tu inimicus ejus cum gladio cruento comprehensus es, in illo loco, et nemo præter te ibi visus est, et causa nemini, et tu semper audax, quid est, quod de facinore dubitare possimus“ „Plus signis atque argumentis creditur quam testibus,“ sagt *Leyser* spec. 257 med. 6. Man vergleiche Stübel über den Thatbestand §. 255 und folg., auch dieselben Kriminalverfahren §. 694 und dessen Allegate †).

Jene Theorie des natürlichen Beweises stützt sich ganz allein auf die peinliche Gerichtsordnung, diese aber berücksichtigte natürlich nur die damalige Gerichtsverfassung. Nun waren aber bekanntlich die meisten Gerichte nur mit ungelehrten — und (was die Hauptsache war) auch unwissenden und überhaupt rohen Menschen besetzt, worüber in der peinlichen Gerichtsordnung mehrfach geklagt wird. Ganz allein für diese wurden die fraglichen Regeln gegeben, nicht aber für den gelehrten und gebildeten Richter; schon um deswillen nicht, weil ja der Richter nur die Instruirung und Leitung des Verfahrens zu besorgen, nicht aber das Urtheil zu finden hatte, was vielmehr eben den ungebildeten Schöffen oblag. Man vergleiche über Letzterers *Kress* ad CCC. art. 1 §. 1. Claproth peinl. Prozeß §. 466, und über Eestrees: „Rathschlag des kleinern und größern Ausschusses der Reichsstände zu Worms 1521 verbis: Nachdem — die Halsgerichte nicht anders, dann mit gemeinen Personen, die die Recht nit gelernt oder geübt haben — besetzt werden mögen —“ ferner: „Wir — haben bedrukt müssen, wie wir derselben Leute Unverstand und Ungreiflichkeit zu Hülf kommen.“ Eben so die Vorrede Kaisers Karls V. vom Jahr 1532: „Nachdem — an Uns gelangt, wie im Römischen Reich teutscher Nation — die meisten peinlich Gericht mit Personen die Unser Kaiserliche Recht nit gelehrt, erfahren, oder Uebung haben, besetzt werden — haben Wir befohlen, ein Begriff wie und welcher gestalt in peinlichen Sachen und Rechtfertigungen den Rechten und billigkeit am gemäßesten gehandelt werden mag, in Ein Form zusammen zu ziehen.“ Endlich in dem bekannten Schlußartikel 215 werden die Gerichte in allen zweifelhaften Fällen an ihre Obergerichte, oder sonstige Obrigkeit, oder aber an hohe Schulen, Städte, Communen oder andere Rechtsverständige verwiesen, und der Kaiser denkt nicht daran, diese gebildeten Richter an die für die unwissenden Schöffen gegebenen Beweisregeln zu binden, sondern setzt voraus, daß sie nach kaiserlichem Recht, d. h. nach dem corpus juris, folglich auf argumenta oder indicia verurtheilen werden.

Es ist eine eigene Inkonsequenz, daß oft gerade die nämlichen Personen, welche bei uns die französischen Schöffengerichte einführen und diesen das Urtheilen nach Willkühr, und ohne über die Gründe die geringste Rechenschaft geben zu müssen, überlassen möchten, den rechtsgelehrten, geübten und an logisches Denken gewöhnten Richter, welcher sein Urtheil begründen muß, an die oben gedachten Regeln binden wollen, welche für ihn nicht gegeben wurden und vernünftigerweise nicht gegeben werden konnten. d) Auch unser Strafedikt stimmt seinem Wortlaute und Geiste nach hiemit überein, indem es in Art. 10 die peinliche Frage aufhebt ††), (ausgenommen über Nebenumstände bei völlig überwiesenen Verbrechern); ferner im Art. 13 bestimmt, daß, was in der peinlichen Gerichtsordnung über die Natur und Wirkung der Indizien gesagt werde, nur insoweit anwendbar bleibe, als es ohne Anklageprozeß und ohne peinliche Frage anwendungsempfänglich sei; endlich im Art. 14 ausdrücklich der Fall vorausgesehen und gesetzt ist, wo nur Indizien vorliegen, und bestimmt wird, daß nicht jede Indizie durch zwei Zeugen bewiesen werden müsse, wenn jede durch andere Zeugen angegeben werde, und daß die vielen entfernten Indizien zusammen zu nehmen sind, damit der Richter im Stande sei, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Verbrechers zu ziehen. Hier ist unumwunden dem Richter gestattet, auf genügende Indizien das Schuldig zu sprechen, und wäre dies auch nicht geschehen, so folgte es doch aus dem übrigen Inhalt des Artikels, denn es wäre unnöthig, Regeln über den Beweis der Indizien vorzuschreiben und in einem Kriminalprozesse Indizien zu erheben, wenn darauf keine Verurtheilung gebaut werden dürfte.

§. 10. Mit der Beibringung des Giftes hat der Verbrecher alles gethan, was er nur thun konnte. Die Folgen seiner Handlung hat er nicht mehr in seiner Gewalt. Darum beruht auch der Hauptcharakter der Vergiftung blos auf dem Geben des Giftes und zur Vollendung des Verbrechens kann nichts weiter erfordert werden, als daß das Gift gewirkt habe, es mag übrigens die Beschädigung oder Verletzung der Gesundheit bleibend oder vorübergehend gewesen sein. Die entgegengesetzte Meinung beruht auf einer Verwechslung der Voraussetzungen der Gesetze zu dieser oder jener Strafe mit den Bedingungen des Begriffes des Verbrechens überhaupt, Art. 130 der peinlichen Gerichtsordnung. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft 1 Bd. §. 198. —

†) Auch Bauers Abhandlung.

††) S. in dieser Hinsicht von Drais Gesch. d. bad. Gerichtshöfe. Mannheim 1821. S. 216—225.

Digitized by Google

Die von Casp. J. an seinem Schwiegervater verübte Vergiftung war als solche im gesetzlichen Sinne ein vollbrachtes Verbrechen, da der Vergiftete, obgleich er nur einen kleinen Theil des ihm vorgestellten mit Gift vermischten Frühstücks verzehrte, dennoch durch die Wirkung des Gifts krank wurde und erst nach mehreren Tagen durch ärztliche Hülfe und Pflege, wieder als hergestellt erklärt wurde.

In Bezug auf die beabsichtigte Tödtung aber war sie nur das nächste Attentat, dessen verfehlte Wirkung jedoch nicht dem Willen und der That des Inkulpaten sondern dem Umstande allein zuzuschreiben ist, daß dem Schwiegervater das Frühstück nicht geschmeckt, daher er nur wenig davon genossen hat. Auf Vergiftungen, welche den Tod nicht zur Folge gehabt haben, trifft nach neuern Gesetzen und dem Gerichtsgebrauche Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren ein, Tittmann loc. cit. §. 200.

Das badische Strafgesetz enthält folgende Bestimmungen, welche auf den vorliegenden Fall anzuwenden sind:

a. kommt der Verwundete (Verletzte) mit dem Leben davon, es ist aber die Absicht zu tödten aus vorausgegangenen, begleitenden oder nachgefolgten Aeußerungen oder Handlungen bewiesen, oder es ist dabei ein allgemein tödtliches Instrument gebraucht worden, d. h. ein solches, das nicht nur seiner Verfertigung nach zum Angriff oder zur Vertheidigung bestimmt ist, sondern wobei auch, wenn es einmal in Bewegung gesetzt ist, der Thäter an der Direktion der Wirkung nichts mehr in seiner Gewalt hat (als z. B. Schießgewehre, Gifte), so wird der Fall als ein versuchter Todschlag beurtheilt, da aus dem Gebrauch solcher Instrumente in der Regel allemal die indirekte Absicht zu tödten fließt und als natürliche Folge einer gänzlichen Sorglosigkeit über die Wirkung, welche der Angriff haben werde, anzusehen ist.

b. Bei der versuchten Tödtung ist eine arbiträre Strafe zu erkennen, wobei die Norm über die Bestrafung der Verwundung zum Maßstab des Ermessens dient, jedoch nicht außer Augen zu lassen ist, daß ein versuchter Todschlag unter übrigens gleichen Umständen der Person und der That immer merklich schwerer als das Verbrechen der Verwundung bestraft werden müsse.

c. Eine gefährliche Verwundung (das ist jene, welche der Arzt und Wundarzt gleich Anfangs für eine solche erklären, die ohne Dazwischenkunft fremder Zufälle schon durch ihre Folgen allein Anlaß des Todes werden kann) da sie mit Waffen, die nur unter Umständen tödlich sind, zugefügt wurde, soll mit fünfvierteljähriger ganzer Kettenstrafe, falls ein bleibender Schaden daraus folgt, und mit dreivierteljähriger halber Kettenstrafe, falls kein bleibender Schaden daraus entsteht, bestraft werden.

d. Der ordentliche Strafgrad ist um die Hälfte zu schärfen, wenn der Angriff durch besonders prämeditirte Anstalten, als heimliches Auspassen und Weglagerung, oder Aufsuchung in dem eigenen Hause geschieht u. s. w.

(vid. Strafedikt vom 4. April 1803 §. 71 und 72.)

Es ist also nach unserm Strafedikt die That des Casp. J. als eine versuchte Tödtung zu beurtheilen, weil aus der Anwendung eines allgemein tödtlichen Werkzeugs — des Gifts — die Absicht zu tödten gefolgert werden muß. Die Verletzung, welche dem Schwiegervater durch Beibringung des Gifts im Kaffee verursacht worden ist, war eine lebensgefährliche, ist aber ohne bleibenden Schaden geheilt worden, sie würde daher als bloße Verwundung betrachtet nur mit dreivierteljähriger halber Kettenstrafe, welche zwei Jahren Zuchthausstrafe gleich steht, jedoch mit einer Schärfung um die Hälfte wegen den hier stattgefundenen prämeditirten Anstalten des Thäters, also mit drei Jahren gemeinem Zuchthaus zu bestrafen sein; allein! da der versuchte Todschlags unter gleichen Umständen der Person und der That immer merklich schwerer als das Verbrechen der Verwundung bestraft werden soll, so findet zu der Normalstrafe von drei Jahren noch ein Zusatz statt, dessen Größe durch das Wort im Gesetz: „merklich" sehr unbestimmt gelassen ist und daher lediglich vom vernünftigen Ermessen des Richters abhängt. Auch können nicht alle Umstände der That, wie das Gesetz (meines Dafürhaltens unrichtig) unterstellt, gleich sein, weil, wie hier, der Tödtungsversuch durch ein allgemein tödtliches Werkzeug begangen worden ist, da doch, wenn das Verbrechen in den Schranken einer Verwundung bleiben soll, kein allgemein tödtliches Werkzeug, sondern nur ein unter Umständen tödtliches, oder ein schädliches oder gar ein unschädliches (die gesetzlichen Ausdrücke für die verschiedenen Arten von Werkzeugen in Beziehung auf den zu besorgenden Erfolg ihrer Anwendung) gebraucht worden sein darf. Ein Zusatz darf die Normalstrafe nicht übersteigen, †) wohl aber geringer sein,

†) Dieser Grundsatz ist wohl nicht richtig. Es könnte sonst ein Mordversuch, wenn die Verletzung nicht gefährlich und ohne bleibenden Schaden gewesen wäre, nach §. 71 h. höchstens mit dem doppelten von 2 Monaten halber Ketten-

Digitized by Google

und es möchte mit dem Geiste des Gesetzes vereinbar sein, wenn hier ein Zusatz von ½ der Hauptstrafe gemacht, also im Ganzen eine Zuchthausstrafe von fünf Jahren erkannt worden wäre. Donsbach.

II.

Rechtsfall.

Art. 1166, 1689.

A. hatte von B. ein Geschenk von 2000 fl. erhalten, wobei jedoch B. sich die lebenslängliche Nutznießung vorbehalten hatte. Nach dem Tode des B. machte A. seine Schenkung gegen die Erben geltend, welche aber behaupten, der Erblasser habe kein Vermögen hinterlassen. A. erfährt dagegen, daß B. eine Forderung von 2200 fl. an einen Einwohner von Neckargemünd (C.) hatte, und stellt direkt gegen diesen eine Klage auf Zahlung dieser Schuld bis zum Belauf der Schenkung. Diese Klage war in doppelter Weise begründet worden

1. durch eine Clausel des Schenkungsakts, wonach dem Beschenkten frei gestellt war, unter den vorhandenen Obligationen zu wählen. Kläger erklärte, er wähle die Forderung an C., und da auf diese Art die Schenkung einen bestimmten Gegenstand erhalten habe, so sei er nach Art. 938 des Landrechts Eigenthümer desselben geworden, und könne daher dieses sein Recht bei Gericht geltend machen.

2. Wollte man aber dieser Ansicht nicht beitreten, so sei jedenfalls so viel gewiß, daß er eine Forderung von 2000 fl. an die Verlassenschaft habe, mithin Gläubiger derselben sei. Nach Art. 1166 stehe es aber jedem Gläubiger frei, alle Rechte und Klagen seines Schuldners zu seiner Befriedigung geltend zu machen.

Diese Klage wurde in allen drei Instanzen als nicht statt findend verworfen. Sonderbarer Weise wurde in jeder Instanz ein anderer Grund zur Verwerfung angeführt.

Der Richter erster Instanz meinte, das Eigenthum einer Forderung werde gemäß Art. 1689 erst durch Uebergabe der Rechtsurkunde (mithin durch traditio) erworben. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich zur Genüge aus dem Art. 1689 verglichen mit Art. 1583, 1138 und 938. Es ist auch hinlänglich bekannt, daß das französische Recht hierin von dem römischen ganz und gar abweicht, daß nirgends zur Erwerbung eines Rechts die traditio erfordert wird.

Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts 4te Auflage, §. 299, 349. *Troplong*, de la Vente ad art. 1689.

Die nämliche Frage wurde entschieden durch ein Urtheil des Appellationshofs in Brüssel vom 20. März 1824, angeführt in Pailliet, Manuel de droit civil ad. art. 1689 Nr. 4.

Das großherzogliche Hofgericht bestätigte das amtliche Urtheil, weil in der Klage nicht angeführt sei, auf welchem Rechtsgrund die Forderung des Erblassers an C. beruhe. Unter dieser Voraussetzung konnte jedoch die Klage nur wegen Unvollständigkeit „angebrachtermaßen" abgewiesen werden, wenn nicht von dem Fragerecht Gebrauch gemacht werden wollte.

Prozeßordnung §. 359, 338.

Das großherzogliche Oberhofgericht wies die Klage ab, weil Art. 1166 nur von dem Fall zu verstehen sei:

„wenn die Forderung an ein Stück geht, das der Schuldner wiederrechtlich aus Händen gegeben hat, oder wenn der Gläubiger nachweisen könne, daß keine zugriffsempfängliche Zahlungsmittel vorhanden seien."

Zur Begründung dieser Ansicht wird sich auf Brauers Erläuterungen ad Art. 1166 bezogen.

Abgesehen davon, daß hier in der Klage gerade behauptet wird, es sei nach Angabe der Erben kein anderer zugreifbarer Gegenstand in der Erbschaft vorhanden, so dürfte auch jene Beschränkung des klaren Wortlauts des Art. 1166 sich kaum rechtfertigen lassen. Brauer meint, diese Beschränkung liege in den Worten „zu ihrer Befriedigung" welche dem Urtext beigefügt wurden. Diese Worte können aber keine andere Bedeutung haben, als daß die Gläubiger nur in so fern und in so weit die Rechte und Klagen ihres Schuldners ausüben dürfen, als sie dadurch Befriedigung für ihre Forderungen bezwecken. Brauer versteht aber jene Worte dahin:

„in so fern sie zu ihrer Befriedigung nothwendig sind",

und beschränkt diese Nothwendigkeit selbst wieder auf die oben angeführten zwei Fälle. Der erste dieser Fälle gehört offenbar gar nicht hieher, muß vielmehr nach Art. 1167 beurtheilt werden, wo den Gläubigern die Befugniß gegeben ist, die zum Abbruch ihrer Rechte unternommenen Handlungen ihres Schuldners anzufechten. Brauer selbst spricht sich hierüber in der Anmerkung Nr. 89 zum Art. 1167 so klar und bestimmt aus, daß man wirklich nicht begreift,

---

strafe oder von 5½ Monaten Zuchthausstrafe belegt werden, während man doch wegen Mordversuchen, die gar keine Verletzung bewirkten, wohl mit Recht schon Jahre langes Zuchthaus erkannte. Der §. 72 sagt nicht, daß die Verwundungsstrafe wegen der mörderischen Absicht nur einen Zusatz erhalten soll. Es soll vielmehr die Strafe des versuchten Verbrechens, also des Mordes, bei Bemessung der Versuchsstrafe zu Grund gelegt, und von der ordentlichen Strafe des vollendeten Mordes nur in so weit herabgegangen werden, daß damit nicht einmal die Strafe der dabei verübten Verwundung wenigstens noch um ein „merkliches" überschritten würde. Also nicht in Bezug auf das maximum, sondern nur in Bezug auf das minimum der Mordversuchsstrafe gibt die Verwundungsstrafe eine Schranke.

D. Red.

Digitized by Google

wie ihm in der vorausgehenden Anmerkung Nr. 86 ein so auffallendes Versehen entgehen konnte.

Vergl. Zachariä, l. c. §. 313.

Der andere von Brauer erwähnte Fall, da nämlich keine anderen zugreifbaren Zahlungsmittel vorhanden sind, setzt wohl voraus, daß der Schuldner bereits ausgeklagt, die Exekution aber wegen Mangel von zugreifbaren Gegenständen ohne Erfolg geblieben ist.

Es ist aber bekannt, daß im Vollstreckungsverfahren der Gläubiger Ausstände seines Schuldners mit Beschlag belegen kann, auch wenn der Schuldner noch andere Zahlungsmittel besitzt. Nach Brauers Meinung würde daher Art. 1166 dem Gläubiger kein Recht einräumen, vielmehr das Recht, das ihm die Vollstreckungsordnung gibt, sogar noch beschränken. Das konnte aber gewiß nicht die Absicht des Gesetzgebers sein!

Die übrigen Schriftsteller sind auch weit entfernt, den Art. 1166 in der Weise wie Brauer beschränken zu wollen. Zachariä namentlich erläutert diesen Artikel in dem §. 312 seines angeführten Werkes dahin:

> die Gläubiger sind berechtigt, zur Erhaltung oder Herbeiführung ihrer Forderungen alle ihrem Schuldner zustehenden Rechte auszuüben und eben so alle diesem zustehenden Klagen anzustellen.

Eben so sagt Bolleux in seinem Commentaire sur le code civil ad art. 1166.

> Les créanciers peuvent en général exercer tous les droits pécuniaires appréciables, qui tendent à augmenter ou à conserver le patrimoine de leur débiteur. Ainsi un créancier peut poursuivre le débiteur de son débiteur etc. etc.

Eine große Menge Entscheidungen französischer Gerichtshöfe nach diesem Grundsatz führt Thilo in seiner systematischen Sammlung ad art. 1166 an. Eben so Pailliet Manuel de droit civil ad art. 1166 Toullier stimmt dieser Ansicht vollständig bei, indem er sagt:

> Les créanciers peuvent exercer tous les droits, toutes les actions personelles, réelles et mixtes, qui appartiennent à leur débiteur.
>
> Le droit civil par Toullier. t. 6. No. 372 (in der belg. Ausgabe t. 3. p. 368).

Es könnten noch viele Schriftsteller wie Pardessus, Merlin und Duranton zur Unterstützung dieser Ansicht angeführt werden, wenn bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur ein Zweifel denkbar wäre. Man könnte höchstens darüber noch bedenklich sein, ob der angeführte Zusatz in dem Badischen Landrecht eine Abweichung von dem französischen Recht begründe? Man wird sich aber aus den obigen Citaten überzeugen, daß dort den Gläubigern die Befugniß, die Rechte und Klagen des Schuldners auszuüben, ebenfalls nur zum Zweck ihrer Befriedigung eingeräumt ist, mithin aus allgemeinen Principien dieselbe Regel gefolgert wird, welche unser Gesetzgeber mit ausdrücklichen Worten zu sanktioniren für nöthig fand. Die Bedeutung dieses Zusatzes ist daher keine andere, als die sich aus dem natürlichen Wortverstand und den allgemeinen Rechtsregeln ergiebt.

S. das Beiblatt zu den Annalen von 1841. Nro. 4. pag. 14.

Eine zweite Frage, über die sich beide Gerichtshöfe nicht ausgesprochen haben, ist die, ob Kläger durch die getroffene Wahl Eigenthümer der Forderung geworden ist? Nach Art. 938 könnte man daran nicht zweifeln, insofern die Forderung selbst Gegenstand der Schenkung gewesen wäre. Dies war aber nicht der Fall — es stand dagegen dem Beschenkten das Wahlrecht zu. Sobald er von diesem Wahlrecht gebrauch gemacht hat, so wird der Gegenstand der Schenkung bestimmt, und von diesem Augenblick an muß auch das Eigenthum an den Beschenkten übergehen. Alternative Verbindlichkeiten werden zu einfachen, sobald Derjenige, dem das Wahlrecht zusteht, dieses ausübt hat.

Zachariä l. c. §. 300 in fine Toullier l. c. tome II. Nr. 692.

Von diesem Moment an müssen daher auch die für einfache Verbindlichkeiten aufgestellten Regeln (Art. 1138. 938. 1583) anwendbar werden.

Pardessus. Cours de droit commercial. No. 277.

X.

III.

Oberhofgericht.

Nachtrag zu Aufsatz III. der Annalen vom Jahr 1840 Nr. 48.

Die oberhofgerichtliche Entscheidung fiel in dieser Sache gegen die Ansicht des großherzoglichen Hofgerichts des Seekreises aus, indem durch Urtheil des großherzogl. Oberhofgerichts vom 6. Oktober v. J. unter Aufhebung des hofgerichtlichen Erkenntnisses vom 28 Januar desselben Jahres das großherzogliche Hofgericht angewiesen wurde, in der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden.

Die aufgeworfene Frage wurde mithin bejahend beantwortet, und zwar aus folgenden Gründen:

Wenn auch die angestellte Klage mit auf die Behauptung gebaut wird, daß der klagenden Standesherrschaft die Zollfreiheit rücksichtlich der zu ihrer Haus- und Hofhaltung nöthigen Consumtibilien, nicht nur nach §. 45 des 3ten Konstitutionsedikts vom 22. Juli 1807 zugestanden, sondern ihr auch die §§. 61 und 62 der landesherrlichen Deklaration vom 12. Dezember 1823, Regierungsblatt pro

Digitized by Google

1824 Nr. I. S. 10 wiederholt zugesichert worden sei, so wird sie doch nicht ausschließlich auf diese Behauptung gegründet, sondern vielmehr, wie sich aus §. 4 der Klage klar ergibt, hauptsächlich darauf, daß der großherzogliche Fiscus vermöge des der landesherrlichen Deklaration vom 12. Dezember 1823 zu Grunde liegenden Vertrags verbindlich sei, der Klägerin für alle ihr hierin belassene Rechte, also auch für die ihr zugestandene Zollfreiheit von den zu ihrer Haus- und Hofhaltung nöthigen Consumtibilien, und überhaupt für alle nutzbare Rechte, in deren Besitz, oder Bezug sich die Klägerin damals befand, und welche in der Folge etwa aufgehoben werden würden, volle Entschädigung aus der Staatskasse zu leisten, daß sich die Klägerin im Jahr 1823 im Besitze der Zollfreiheit befunden, und daß der großherzogliche Fiscus auch der Klägerin, die bis zum Jahre 1836 ausgelegten Zölle wieder ersetzt habe. Bringt man hiermit in Verbindung, daß, wie sich aus §. 3 der Klage ergibt, nicht die Einführung der neuen Zollgesetze, sondern die Weigerung des großherzoglichen Fiscus, der Klägerin die von ihr seit dem 1. Januar 1836 ausgelegten Zölle zu ersetzen, die nächste Veranlassung zur Klage war, daß die Klägerin niegends die Befreiung von der Zollentrichtung an sich in Anspruch genommen, ihre Verbindlichkeit zur Entrichtung des Zolls nach Maßgabe der Zollgesetze vielmehr ausdrücklich anerkannt hat, daß in der Rubrik der Klage deren Gegenstand als Entschädigung wegen Zollentrichtung von Haus- und Hofhaltungs-Consumtibilien, und in der von dem klägerischen Anwalt vorgelegten Vollmacht als Entschädigung für entzogene Zollfreiheit und Ersatz ausgelegter Zölle für Haus- und Hof-Consumtibilien seit 1836 bezeichnet wird, und daß auch das Gesuch der Klage nur dahin geht, den großherzoglichen Fiscus zu verurtheilen, der Klägerin die von ihr seit dem 1. Januar 1836 ausgelegten Zölle für diese Haus- und Hofhaltungs-Consumtibilien zu ersetzen, und auch für die Zukunft diesen Ersatz fortlaufend, und in so lange zu leisten, bis die Klägerin wegen des entzogenen Rechts auf gütlichem oder gerichtlichem Wege volle Entschädigung werde erhalten haben; so ergibt sich mit Verlässigkeit, daß der klagend verfolgte Anspruch nichts anderes, als eine Art der Entschädigung für die aufgehobene Zollfreiheit ist, und es sich in dem vorliegenden Falle nicht um die Entscheidung der Frage handelt, ob die Klägerin schuldig sei, auch von den zu ihrer Haus- und Hofhaltung nöthigen Consumtibilien jetzt den Zoll zu entrichten, wie das großherzogl. Hofgericht nach seinen Gründen unterstellt hat, der Gegenstand des Streits vielmehr darin besteht, ob der grosh. Fiscus auf den Grund der §§. 61. 62 und 70 der landesherrlichen Deklaration vom 12. Dezember 1823 und des derselben zu Grunde liegenden Vertrags zwischen beiden Theilen verbindlich sei, der Klägerin Gewähr für die ihr entzogene Zollfreiheit zu leisten, und in Folge dieser Verbindlichkeit derselben die bereits ausgelegten Zölle wieder zu ersetzen, und diesen Ersatz auch für die Zukunft in so lange zu leisten, bis ein Ersatz für das entzogene Recht selbst werde ausgemittelt sein. Es handelt sich daher auch in dem vorliegenden Falle keineswegs um die Schuldigkeit, Art und Größe der Beiträge der Unterthanen und Interessenten zu directen und indirecten Steuern, und findet deshalb auch der §. 8 lit. c der Beilage lit. D zum Organisationsedikt vom 26. November 1809 hier keine Anwendung.

Aus diesen Gründen und mit Rücksicht darauf, daß der angestellten Klage ein Vertragsverhältniß zu Grunde gelegt wird, und deshalb die Competenz der Gerichte nach §. 14 der Verfassungsurkunde und §. 4. der Prozeßordnung begründet erscheint, und darauf, daß die angestellte Klage auch in ihren übrigen Beziehungen den Erfordernissen der §§. 247. 350. 1096 und 1105 der Prozeßordnung vollkommen entspricht, mußte das hofgerichtliche Erkenntniß vom 28. Januar l. J. nach §. 1238 der Prozeßordnung aufgehoben, und die weitere Verhandlung und Entscheidung der Sache an das großherzogliche Hofgericht zurückgewiesen, und der großh. Fiscus auch nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung in die Kosten beider Instanzen — mit Ausnahme jener für die Klage — verurtheilt werden. Löw.

IV.

Hofgericht Freiburg.

I. Kann Derjenige, welcher den Eintrag seines Eigenthumserwerbs unterließ, das von dem Abtretenden vorbehaltene Nutznießungsrecht darum, weil es nicht im Grundbuche eingetragen ist, bestreiten?

II. Ist ein solches Nutznießungsrecht ein unter die §§. 904. 908 und 835 der Prozeßordnung fallender Anspruch?

Diese Fragen kamen in folgendem Falle zur Entscheidung: Eine Wittwe hatte das Eigenthum ihres liegenschaftlichen Vermögens förmlich an ihre Kinder übergeben, sich jedoch an mehreren Grundstücken die lebenslängliche Nutznießung vorbehalten. Eines der Kinder fiel in der Folge in Gant. In dieser meldete die Mutter ihre Nutznießungsansprüche mit Separationsrecht an. Der Gantrichter schied ihr auch dieselben außer dem Concurs in Natur zu. Ein Gläubiger, der eine beträchtliche zur V. O. geeignete Forderung liquidirt hatte, fand sich dadurch beschwert und appellirte.

Digitized by Google

Es wurde in der Appellationsbeschwerde die Bitte gestellt, abändernd zu erkennen: daß der Anspruch der Appellatin mit dem nach §. 835 der Prozeßordnung zu bildenden Betrag in das Ganturtheil aufzunehmen sei; eventuell: daß das Kapital, welches erforderlich ist, um aus den Zinsen die Nutznießungsansprüche der Appellatin jährlich zu entrichten, in das Ganturtheil aufzunehmen und aus den Zinsen des anzulegenden Kapitals die Nutznießungsforderung der Appellatin alljährlich zu bezahlen sei.

Das Hofgericht bestätigte das Urtheil des Gantrichters.

Gründe.

(Ein vorausgeschickter formeller Grund, welcher obige Fragen nicht berührt, wird hier übergangen.)

— — Die Beschwerden sind aber, auch davon abgesehen, materiell nicht begründet. Die Appellatin hat zwar das Eigenthum der fraglichen Grundstücke an den Gantmann in dem Uebergabsvertrag vom 20. August 1826 abgetreten, in demselben hat sie aber sich die lebenslängliche unbeschränkte Nutznießung ausdrücklich vorbehalten. Der Gantmann hat durch jenen Uebergabsvertrag wohl ein persönliches Recht gegen die Uebergeberin hinsichtlich des Eigenthums an den fraglichen Grundstücken erworben, keineswegs aber ein dingliches Recht, das Eigenthum selbst in der Art, daß er dieses nach § 23 des II. Einführungsedicts in Gerichten geltend machen könnte, da er anerkanntermaßen seinen Erwerbstitel nicht in das Grundbuch eintragen ließ; und auch die Gantgläubiger als dessen Rechtsnachfolger haben, da auch sie den Eintrag zum Grundbuch nicht nachgeholt haben, mehr Rechte nicht erworben *) Das ganze dingliche Recht ruht daher noch in der Person der Appellatin, welche deshalb nach der allegirten Gesetzesstelle selbst jetzt noch das Eigenthum zum Nachtheil der Gläubiger mit Pfandrechten beschweren könnte. Können aber demnach die Gantgläubiger nicht einmal das Eigenthum gerichtlich verfolgen, so können sie noch viel weniger die Nutznießung der Appellatin ansprechen, da ihr (beziehungsweise des Gemeinschuldners) Titel darauf sich nicht erstreckt und sie rücksichtlich deren nicht einmal ein persönliches Recht erworben haben.

Hieraus ergiebt sich auch, daß der Appellatin weder ein Unterpfands- noch ein Vorzugsrecht zur Geltendmachung ihres Anspruchs nöthig ist, und daß eben so wenig die vom Appellanten angerufenen §§. 904. 908 und 833 der Prozeßordnung, welche überall Forderungen an den Gemeinschuldner voraussetzen, während es sich hier um ein gar nicht in dessen Vermögen übergegangenes, bis zum Gantausbruch unbestritten im Besitz der Appellatin gewesenes dingliches Recht (Landrechtsatz 621) handelt, Anwendung leiden.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Zentner.

*) Blos auf Erfüllung des Vertrags stand den Gläubigern des Gantmanns (Landrechtsatz 1167) eine (persönliche) Klage gegen die Uebergeberin zu; einer solchen bedurften sie jedoch nicht, da ihnen das Eigenthum von der Uebergeberin nicht bestritten ward. Anm. d. Eins.

V.

Musterverhandlungen erster Instanz.

2) J. S. M. Sch. von B. gegen J. Hch. D. allda, Forderung,

(verh. bei Großh. Hofgericht des Oberrheinkreises den 18. Januar. 1841).

Kläger trug dem Amt vor: Beklagter sei dem X. Hauskaufschilling schuldig gewesen, er habe auf des Beklagten Verlangen dessen Gläubiger X. dessen Schuldforderung mit 390 fl. durch Cession eines Aktivpostens bezahlt, und Beklagter ihm den Ersatz versprochen, er fordere nun die Summe sammt Zinsen als Darlehn, und eventuell mache er denselben Anspruch aus dem Auftrag und aus der nützlichen Geschäftsführung geltend.

Beklagter gestand die Thatsachen der Klage mit der Beschränkung zu, daß Kläger diese Summe nicht ihm geliehen, sondern seiner, des Beklagten, Mutter als Zahlung auf deren mehrjährige Schuldforderung gegeben habe.

Das Amt erkannte auf Beweis der Thatsache, daß Kläger auf Ansuchen des Beklagten demselben in oben angegebener Weise befragte Summe dargeliehen, und daß Beklagter die Heimzahlung versprochen habe.

In den Entscheidungsgründen wird unter anderem angeführt, daß die Geschäftsführung allein die Forderung nicht begründen würde.

Kläger schob dem Beklagten über das Thema den Eid zu, dieser nahm solchen nach der Formel des Klägers an, und für den Fall des Ausschwörens wurde erkannt, daß Kläger abzuweisen sei.

Dies Urtheil wurde rechtskräftig. — In der Eidestagfahrt erhob Kläger Anstände über die Eidesformel, indem er gegen dieselbe geltend zu machen suchte, daß dadurch Mentalreservationen des Beklagten, die von ihm zu erwarten seien, begünstigt würden.

Ein Vermittlungsversuch blieb fruchtlos, der Beklagte erklärte, sich noch bedenken zu wollen, die Theile gingen auseinander, und nun erhob Kläger eine neue Klage, in der er von dem früher behaupteten Darlehn des Beklagten zwar schwieg, im übrigen aber dieselbe Thatsache, wie sie die frühere Klage enthielt, zur Begründung der nützlichen Geschäftsführung vortrug.

Das Amt erkannte Ladung, und der Beklagte, unter wiederholter Erklärung, daß er den Eid, wie darauf erkannt sei, schwören wolle, schützte die Einrede der Rechtskraft vor; wobei er sich jetzt verneinend auf die Klagthatsachen einließ.

Das Amt pflog jetzt Beweisverhandlungen und verurtheilte an deren Schluß den Beklagten unbedingt.

Das Hofgericht hielt aber die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache für begründet †), und erkannte darnach abändernd so, wie früher das Amt entschieden hatte.

Tr.

†) Da auch in der ersten Klage sich eventuell schon auf eine nützliche Geschäftsführung berufen war, so stand der hierauf allein gebauten zweiten Klage die Einrede der Rechtskraft allerdings entgegen. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 33. Karlsruhe den 14. August 1841.

I.

Welche Beweiskraft besitzt eine nicht anerkannte Privaturkunde rücksichtlich ihres Inhalts, wenn sie durch den vom Producenten angetretenen Aechtheitsbeweis als von dem Producenten geschrieben oder unterschrieben erwiesen worden ist?

In einem Rechtsstreit läugnete der auf Rückzahlung eines Darlehns belangte Beklagte die Aechtheit der zum Beweis des Darlehns vorgelegten vom Beklagten nur unterschriebenen Privaturkunde. Kläger trat in erster Instanz den Beweis der Aechtheit durch Schriftvergleichung an, und nachdem dieselbe gegen ihn ausgefallen war, führte er den Aechtheitsbeweis durch zwei Zeugen, welche auch bekräftigten, daß die vorgelegte Urkunde von dem Beklagten unterschrieben worden sei. Daraufhin verurtheilte der Unterrichter den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Daelehnsforderung. Beklagter ergriff dagegen das Rechtsmittel der Apellation, bestritt die Zulässigkeit des Zeugenbeweises, indem dadurch der Landrechtsatz 1341 auf die leichteste Weise umgangen weeden könne, und brachte zugleich mehrere Verdachtsgründe gegen die Glaubwürdigkeit dee Zeugen vor. Einen deeselben erachtete man für eeheblich, und legte deßhalb dem Producenten noch einen Eefüllungseid dahin auf, daß der Beklagte die vorgelegte Urkunde wirklich unterschrieben habe. Im Eidesableistungsfall wurde das den Beklagten zur Zahlung verurtheilende Erkenntniß erster Instanz bestätigt.

Mit dieser Eidesfolge war ich nicht einverstanden, und leitete meine abweichende Meinung mit der obigen Frage ein, erhielt aber alsbald die einstimmige Antwort darauf, daß die im Aechtheitsbeweis als von der Hand des Produkten herrührend erwiesene Privaturkunde die gleiche Beweiskraft habe, als wie wenn sie vom Produkten anerkannt worden seie. Diese wenn schon allgemein verbreitete Meinung halte ich aber für unrichtig. Sie scheint mir eben in iheer allgemeinen Verbreitung eine Art juristischen Glaubensartikels zu sein, auf eine bestimmte gesetzliche Vorschrift und selbst auch nur auf eine zulässige Rechtsanalogie kann sie aber nicht gebaut werden.

Sieht man sich nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Beweiskraft der Privaturkunden rücksichtlich ihres Inhalts um, so geben darüber die Landrechtsätze 1322 und 1319, so wie der §. 434 der Prozeßordnung die nöthige zwar nicht wörtlich übereinstimmende, jedoch im Wesentlichen von einander nicht abweichende Antwort. Nach Landrechtsatz 1322 hat die vom Produkten anerkannte odee die auf gesetzliche Weise als anerkannt erklärte Privaturkunde die gleiche Beweiskraft für ihren Inhalt als wie eine öffentliche, und nach Landrechtsatz 1319 beweist eine öffentliche Urkunde, also auch die anerkannte oder gesetzlich als anrrkannt erklärte Privaturkunde die darin beschriebene Uebereinkunft vollständig. Nach §. 434 der Prozeßordnung wird auf die Anerkennung der Aechtheit der Unterschrift einer Privatuekunde auch für die Aechtheit des Inhalts der Urkunde eine gesetzliche Vermuthung begründet, und hieeaus folgt mit der größten Gewißheit, daß das Gesetz, das Landrecht wie die Prozeßordnung, die vollkommene Beweiskraft der Privaturkunden rücksichtlich ihres Inhalts voe allen Dingen an die Anerkennung der Urkunde durch den Produkten gebunden haben will und gebunden hat. Die Anerkennung einer Privaturkunde ist aber das freiwillige Geständniß der Thatsache, daß die Handschrift oder Unterschrift dee Privaturkunde von dem Produkten selbst oder seinem Rechtsvorfahren herrühre. Dieser thatsächlichen Vorkommenheit des Prozesses, diesem freiwilligen Zugeben des Produkten steht nun die andere thatsächliche Erscheinung des Prozesses, wo dee Peodukt die Handschrift oder Unterschrift einer Privaturkunde nicht anerkennt, und wo in Folge dieser Nichtaneekennung, nunmehr durch ganz andere Beweismittel der Beweis der Aechtheit der Handschrift oder Unterschrift gegen den Produkten geführt wird, nicht gleich. Beides sind ganz verschiedene, sich in ihrem Grund und Wesen gerade ent-

Digitized by Google

gegengesetzte *) Vorkommnisse des Prozesses, und wenn nun das Gesetz einem derselben eine bestimmte Folge eingebunden hat, so folgt daraus nicht, daß diese Folge auch der andern gänzlich verschiedenen Thatsache gilt. Es konnte das Gesetz allerdings die Vorschrift aufstellen, daß die durch irgend Beweismittel als ächt in ihrer Unterschrift erwiesene Privaturkunde auch deren Inhalt als wahr beweise. Wenn aber das Gesetz dieses nicht gethan hat, so kann man aus dem alleinigen Umstand, daß das Gesetz anderwärts mit der Anerkennung einer Privaturkunde eine volle Beweiskraft für ihren Inhalt verbindet, nicht so gerade hin folgern, daß nunmehr die von der Anerkennung der Urkunde thatsächlich gänzlich verschiedene Beweisführung der Aechtheit der Handschrift oder der Unterschrift der Urkunde gleichfalls die Folge habe, daß dadurch der volle Beweis für den Inhalt der Urkunde vorhanden sei. Aus der Aechtheit der Unterschrift einer Privaturkunde folgt im Mindesten noch nicht, daß nunmehr der Inhalt der von einer andern Hand geschriebenen Urkunde gleichfalls ächt und wahr ist, und wenn das Gesetz diese Wahrheit aus der freiwilligen Anerkennung der Unterschrift als eine daran gebundene gesetzliche Vermuthung folgert, so kann diese gesetzliche Vermuthung nicht auf die davon verschiedene Erscheinung ausgedehnt werden, daß auf die Nichtanerkennung der Urkunde hin die Aechtheit der Unterschrift durch die Beweismittel der Sachverständigen und Zeugen dargethan worden ist. Gesetzliche Vermuthungen dürfen nach Landrechtsatz 1350 nicht über die Handlungen oder Thatumstände hinaus angewendet und aufgestellt werden, auf welche allein das Gesetz sie bestimmt und ausdrücklich gesetzt hat, und eine höchst unzulässige ausdehnende Erklärung des Gesetzes wäre es, wenn man die auf die Anerkennung einer Urkunde gebaute gesetzliche Vermuthung des §. 434 der Prozeßordnung auch auf die

*) Es leuchtet nicht ein, worin diese Verschiedenheit (diese Entgegensetzung in Grund und Wesen) bestehen soll. Das juristische Moment besteht in beiden Fällen nur darin, daß die Urkunde in ihrer Form als ächt gilt, in dem einen Falle ist diese Aechtheit durch Geständniß des Produkten, im andern Falle durch sonstige Beweismittel in juristische Gewißheit gesetzt. Liegt aber diese Gewißheit einmal vor, so ist kein weiterer Grund denkbar, warum die als ächt angenommene Urkunde, je nachdem die Annahme ihrer Aechtheit auf Geständniß oder auf andern Beweisen beruht, verschiedene Beweiskraft haben sollte.

Das gemeine Recht macht hierin anerkanntermaßen keinen Unterschied, und auch bei uns ist wohl noch nie ein solcher gemacht worden. Eben so wenig wird bei den französischen Schriftstellern von einer solchen Unterscheidung etwas gefunden, sie scheinen vielmehr als sich von selbst verstehend anzunehmen, daß eine als ächt angenommene Privaturkunde gleiche Beweiskraft habe, ihre Aechtheit möge durch Anerkenntniß oder sonst durch Beweismittel hergestellt sein. Der Satz 1322 stellt die Fälle, wo die Urkunde „anerkannt," oder wo sie „auf gesetzliche Weise für anerkannt erklärt ist," ausdrücklich gleich. Der Grundtext sagt: „*reconnu ou legalement tenu pour reconnu.*" Mein verehrter Freund nimmt nun das tenu pour reconnu zu eng, indem er nur die Contumazial-Fälle darunter begreift, während man sonst den Ausdruck auf alle Fälle bezieht, wo der Richter die Urkunde als ächt erkennt. Es ist im Satz 1322 nicht vorausgesetzt, daß die Aechtheit als von Produkten anerkannt erklärt werde, sondern nur, daß sie überhaupt für anerkannt erklärt werde, worunter man auch die Fälle begreifen kann, wo der Richter gegen den Widerspruch des Produkten die Urkunde als ächt erkennt und damit die Anerkennung an der Stelle des Produkten gewissermassen selbst ausspricht. Paillet (manuel de droit fr.) sagt daher in einer Note A 2 zum Artikel 1322 des code civil:

„Caïus declare, ne point connaitre la signature de son auteur; elle est verifiée, et il intervint un jugement, qui donne la signature pour reconnue."

Daraus ist ersichtlich, daß die Franzosen die Urkunde, deren Aechtheit im Beweisverfahren verifizirt wird, als anerkannt erklären, wobei dann der Satz 1322 hinsichtlich ihrer Beweiskraft eben so anwendbar ist, wie wenn der Produkt die Aechtheit freiwillig anerkannte.

Zachariä, welcher (wie überhaupt deutsche Juristen) schärfer unterscheidet, und eben deßhalb sich auch schärfer ausdrückt, sagt daher im §. 752 seines französischen Civilrechts über den Satz 1322:

„Eine Privaturkunde, . . . beweißt nur in so fern, als sie von der Gegenpartei anerkannt, oder als sie vom Richter für anerkannt oder für ächt erklärt worden ist." . . . „Eine Privaturkunde, welche vom Aussteller . . . anerkannt, oder für ächt erklärt worden ist, hat unter den Parteien . . . . dieselbe Beweiskraft wie eine öffentliche Urkunde"

Eben so sagt Spangenberg in seinem Kommentar §. 789 zum Satz 1324:

„Erkennt der Produkt die Unterschrift als von ihm oder seinem Vorgänger geschehen an, so . . . . hat die Urkunde dieselbe Beweiskraft, wie eine öffentliche, was auch der Fall ist, wenn die abgeläugnete Urkunde für ächt erklärt wird."

Jedenfalls verträgt sich diese Auslegung, wie oben gezeigt ist, mit dem Wortlaute des Satzes 1322; und ist dies der Fall, so muß man ihr schon wegen der völligen inneren Gleichheit der beiderlei Fälle, wo die Urkunde vom Produkten anerkannt, oder wo sie wegen anderer Beweise vom Richter als ächt erklärt wird, den Vorzug geben. Das Landrecht führt im 6. Kapitel des III. Titels vom III. Buche das Geständniß unter den Beweismitteln auf. Ob also die Aechtheit einer Urkunde durch Geständniß, oder ob sie durch Zeugen, Vermuthungen oder wie immer hergestellt sei, kann in Bezug auf ihre Wirkungen keinen Unterschied machen. Die Aechtheit muß eben nach den Gesetzen juristisch gewiß sein; ist sie dies aber, so ist es gleichgültig, durch was sie es geworden sei.

D. Red.

Digitized by Google

Nichtanerkennung und auf die daraufhin durch ganz andere Beweismittel beigebrachte Führung des Aechtheitsbeweises ausdehnen und zulassen wollte.

Der vom Produkten freiwillig anerkannten Privaturkunde stellt jedoch der Landrechtsatz 1322 die auf gesetzliche Weise als anerkannt erklärte Privaturkunde gleich, und obschon die Prozeßordnung diese Vorschrift nicht wiederholt, so steht nichts im Wege, daß man auch mit und unter der Prozeßordnung annimmt, daß eine auf gesetzliche Weise als anerkannt erklärte Privaturkunde die gleiche gesetzliche Vermuthung der Aechtheit und Wahrheit ihres Inhalts mit sich führt, als wie wenn sie vom Produkten freiwillig anerkannt worden wäre. Alsdann ist aber diese Ausdehnung der gesetzlichen Vermuthung für die Aechtheit des Inhalts der Urkunde abermals auf die Handlung oder den Thatumstand zu bauen und zu beschränken, auf welche sie durch das Gesetz begründet wird, also auf den Thatumstand, daß das Gesetz eine Peivaturkunde als anerkannt erklärt hat, und sieht man sich nun nach diesen Thatumständen im Gesetze um, so findet man sie nur im Contumacialverfahren in den Fällen des §. 424 und 447 der Prozeßordnung, in denen auf den Ungehorsam der Parthie die gesetzliche Folge begründet wird, daß die vorgelegte Privaturkunde als anerkannt gilt und erklärt wird. Es ist abermals nicht zu bezweifeln, daß der Gesetzgeber an den Beweis der Aechtheit der Unterschrift einer Privaturkunde durch Sachverständige, Zeugen oder irgend andere Beweismittel die Folge hätte binden können, daß diese Privaturkunde nunmehr als anerkannt erklärt wird. Der Gesetzgeber hat dieses aber nirgends gethan, und da eine vom Gesetz als anerkannt erklärte Privaturkunde voraussetzt, daß das Gesetz diese Erklärung des Anerkanntseins aufstellt, das Gesetz aber mit dem Beweis der Aechtheit der Handschrift oder der Unterschrift einer Privaturkunde durch irgend Beweismittel diese Erklärung des Anerkanntseins nirgends verbindet, so kann eine als ächt erwiesene Privaturkunde weder als eine anerkannte, noch als eine als anerkannt erklärte Privaturkunde betrachtet werden, und es läßt sich alsdann die auf die Anerkennung oder die gesetzliche Erklärung des Anerkanntseins einer Privaturkunde gebaute gesetzliche Vermuthung für die Aechtheit ihres Inhalts auch nicht auf die als ächt in ihrer Schrift erwiesene Urkunde ausdehnen.

Man wird vielleicht sagen wollen, daß nach dem §. 434 der Prozeßordnung ein Unterschied zu machen sei, denn indem er in seinem Vordersatz davon rede, daß die abgelängnete Privaturkunde bis zum Beweise ihrer Aechtheit keine Beweiskraft habe, während er im zweiten Satze davon spreche, daß die Anerkennung der Aechtheit der Unterschrift auch für die Aechtheit des Inhalts der Urkunde eine gesetzliche Vermuthung begründe, unterscheide er zwischen einer von der Hand des Produkten geschriebenen und unterschriebenen Privaturkunde, und zwischen einer von dem Produkten nur unterschriebenen Urkunde, und da nun der §. 434 der Prozeßordnung die gesetzliche Vermuthung der Aechtheit des Inhalts nur auf die Anerkennung der Unterschrift der Privaturkunde baue, so verlange auch nur die blos unterschriebene Privaturkunde zum Beweis der Aechtheit ihres Inhalts die Anerkennung der Unterschrift. Für die vom Produkten geschriebene und unterschriebene Privaturkunde sei dagegen die gesetzliche Vermuthung des §. 434 der Prozeßordnung überhaupt nicht gegeben, und wenn also eine solche Urkunde in ihrer Handschrift und Unterschrift als ächt erwiesen werde, so seie damit auch die Aechtheit und Wahrheit ihres Inhalts erwiesen.

Wer diesen Unterschied machen will, der gibt aber damit jedenfalls zu, daß die vom Produkten nur unterschriebene Urkunde selbst bei dem Beweis der Aechtheit ihrer Unterschrift für die Aechtheit ihres Inhalts, der von einem Andern geschrieben ist, keine gesetzliche Vermuthung, und somit keinen vollen Beweis des Inhalts der Urkunde begründet. Damit wäre schon viel gewonnen, denn die Mehrzahl der in den Rechtsstreiten vorgelegten Privaturkunden ist nur vom Schuldner unterschrieben, und sicherlich sind es hauptsächlich die vom Produkten nur unterschriebenen Urkunden, welche in ihrer Aechtheit bestritten werden, und welche auch gegen die Aechtheit ihres Inhalts einen mehr oder minder großen Verdacht nicht selten erregen. Weil jedoch in diesem Unterschied ein Zugeständniß der Meinung läge, daß die in ihrer Unterschrift als ächt erwiesene Privaturkunde für ihren Inhalt noch nicht vollständig beweist, so wird man ihn nicht machen wollen, und kann ihn auch nicht machen, weil das Gesetz sonst nirgends zwischen der geschriebenen und unterschriebenen und zwischen der nur unterschriebenen Privaturkunde unterscheidet. Die Unterschrift der Privaturkunde ist das Wesentliche derselben. Es ist gleichgültig von wem sie geschrieben ist, und auf diese Gleichgültigkeit hin kann nicht ein so wesentlicher Unterschied gebaut werden, daß die als ächt erwiesene nur unterschriebene Privaturkunde ihren Inhalt nicht vollständig beweist, während die als ächt erwiesene geschriebene und unterschriebene Urkunde dieses zu thun im Stande wäre. *)

*) Ganz richtig! — aber eben bei dieser Gleichheit der beiderlei Fälle kann der Umstand, daß es wohl eine gesetzgeberische Absurdität wäre, wenn selbst eine erwiesenermaßen

Digitized by Google

Mag man aber dieſen Unterſchied annehmen oder nicht, ſo wird man eben immerhin nachweiſen müſſen, daß nach den Vorſchriften des Geſetzes aus dem erwieſenen Umſtand der Aechtheit der Schrift oder der Unterſchrift des Produkten auch der vollſtändige Beweis der Wahrheit des Inhalts der Urkunde folge. Eine ausdrückliche Vorſchrift des Geſetzes gibt es dafür nicht, und um nun doch dazu zu gelangen, wird man ſagen, da der Vorderſatz des §. 434 der Prozeßordnung der abgeläugneten Peivaturkunde bis zum Beweiſe ihrer Aechtheit keine Beweiskraft ertheile, ſo folge per argumentum e contrario daraus, daß ſie alſo in iheer bewieſenen Aechtheit eine Beweiskraft habe, alſo iheen Inhalt beweiſe. Man wird weiters ſagen, das Geſetz laſſe doch den Beweis der Aechtheit zu, und wenn er in ſeiner Führung nicht erfolglos und leer ſein ſolle, was man nicht annehmen dürfe, ſo müſſe man ihm in der Zutheilung einer Folge die Wirkung ertheilen, daß er gleichwie die Anerkennung der Unterſchrift ebenfalls den Beweis der Wahrheit des Inhalts der Urkunde mit ſich führe und enthalte.

Allein die Unzuverläſſigkeit des bloßen Schluſſes e contrario iſt zu bekannt, als daß man ſo gerade hin annehmen ſollte, daß der ſo höchſt wichtige Gegenſtand der Beweiskraft einer Urkunde rückſichtlich ihres Inhalts einem bloßen Schluß e contrario von dem Geſetzgeber anheimgegeben worden wäre, der es doch bei der anerkannten oder als anerkannt erklärten Peivaturkunde für nöthig erachtete, dieſer Anerkennung die ausdrücklich ausgeſprochene Wirkung der Wahrheit des Inhalts der Urkunde einzuverleiben. Man kann allerdings den Schluß e contrario aus dem §. 434 der Prozeßordnung nicht gänzlich verwerfen, denn es liegt gewiß eine richtige logiſche Schlußfolgerung darin, daß eine bis zum Beweiſe ihrer Aechtheit keine Beweiskraft beſitzende Privaturkunde nach geführtem Beweiſe der Aechtheit irgend eine Beweiskraft hat und haben muß, weil ſonſt der geführte Beweis leer wäre. Allein der Begriff einer Beweiskraft iſt wohl hinſichtlich ſeiner Qualität ein einfacher und abgeſchloſſener, nicht aber hinſichtlich ſeiner Quantität. Es kann ein Beweismittel eine größere oder geringere, vollkommene oder unvollkommene Beweiskraft haben, und daraus, daß alſo die als ächt erwieſene Privaturkunde auch für ihren Inhalt irgend einen Grad der Beweiskraft hat, folgt noch nicht, daß dieſe Beweiskraft eine vollſtändige iſt. Eine Peivaturkunde ſoll als Mittel dienen, die darin beſchriebene Uebereinkunft zu erweiſen. Die juriſtiſche Beweiskraft eines Beweismittels und ihr Umfang iſt nun der vom Geſetzgeber gezogene und aufgeſtellte Schluß aus dem Beweismittel als der Prämiſſe, und da der Geſetzgeber nur dee anerkannten Privaturkunde den Schluß auf die Wahrheit ihres Inhalts gezogen hat, einen ſolchen Schluß aber der in ihrer Unteeſchreift als ächt erwieſenen Urkunde nicht zieht, ſo kann entweder die Beweiskraft dieſee in ihrer Unterſchrift als ächt bewieſenen Urkunde rückſichtlich ihres Inhalts, und ihr gleicher Umfang nur auf den allgemein vernünftigen logiſchen Zuſammenhang der Wahrheit der Scheift einer Uekunde als ſolcher mit der Wahrheit des Inhalts des Geſchriebenen als dem Schluß daraus gezogen werden, oder man muß nachweiſen, daß die Thatſache der Niedeeſchrift einer Uebereinkunft mit der Thatſache der geſchloſſenen Ueberreinkunft und iheres Zuſtandekommens überall in Eins und daſſelbe zuſammenfällt, und daß alſo nach dem Satze dee Identität gefolgert werden muß, daß das Schreiben einer Uebeeeinkunft die Urbereinkunft ſelbſt iſt, und daß im Beweis der Niederſchrift überall an und für ſich und mit Nothwendigkeit der Beweis des Inhalts des Geſchriebenen und ſeiner Wahrheit liegt. Dieſes Letztere iſt aber zumal in der Geſetzgebung, die keine Litteralkontrakte kennt, nicht anzunehmen, und wenn ſchon ein genauer Zuſammenhang zwiſchen einem Beetrag, als der ideellen Uebeeeinſtimmung des Willens zweier Perſonen und zwiſchen der Niederſcheift deſſelben beſteht, ſo iſt eben doch dee Vertrag an ſich und die daeüber aufgenommene Urkunde nicht eins und daſſelbe, ſo daß alſo auch daraus, daß die Niederſcheift bewieſen iſt, noch nicht nach dem nothwendigen Satz der Identität folgt, daß auch der Beeteag ſelbſt, die ideelle Willensübeeeinſtimmung der Beetragsperſonen grſcheben und deegeſtallt als wahe bewieſen iſt, wie ee geſchrieben ſteht.

Unterſucht man nun den vernünftigen logiſchen Zuſammenhang der bewieſenen Waheheit der Handſchrift oder Unteeſcheift einer Urkunde mit der Wahrheit des Inhalts der Urkunde als dem Schluſſe daraus, ſo läßt ſich nicht verkennen, daß ein ſolchee Zuſammenhang nach ganz allgemein menſchlichen Vorausſetzungen beſteht. Es iſt alleedings gedenkbar, daß man das, was man niederſchreibt, auch will, und eben ſo gedenkbae iſt es, daß man das, was man unterſchreibt, auch genehmigt und beſtätigt. Allein eine das Gegentheil ausſchließende Nothwendigkeit beſteht dafür nicht. Abgeſehen von aller Unzuverläſſigkeit eines jeden Schluſſes aus einer leicht nachmachbaren Handſchrift, ſo kann man ſich verſchreiben. Man kann die Urkunde nur

---

ganz von der Hand des Produkten geſchriebene und unterſchriebene Urkunde gegen dieſen nicht einmal beweiſen ſollte, einen weitern Grund für die Auslegung des (vom Falle einer Anerkennung der Aechtheit der Unterſcheift ſprechenden) §. 434. Abſ. 2 dahin abgeben, daß unter dieſer Anerkennung nicht nur jene des Produkten, ſondeen überhaupt jene des Richters, die ſich auch auf andere Beweisgründe ſtützen kann, d. h. das Aechtheitserkenntniß zu verſtehen ſei.

D. Red.

Digitized by Google

als Entwurf geschrieben haben. Man kann sie nur in der Voraussetzung geschrieben haben, daß sie vom Producenten zu einem andern Zweck gebraucht wird. Es sind noch so viele mögliche Fälle denkbar, daß man sicherlich den Schluß aus der bewiesenen Aechtheit der Handschrift oder Unterschrift auf die Wahrheit ihres Inhalts nur einen sehr hypothetischen Schluß nennen kann, und daß er als ein kathegorischer überall an sich richtiger nicht angenommen werden kann. Dieses tritt insbesondere bei der nur unterschriebenen Privaturkunde des Produkten ein, denn ganz abgesehen von der Möglichkeit eines mißbrauchten Blankets, so kann die in ihrem Inhalt von einem Andern zumal dem Gläubiger geschriebene Urkunde ganz leicht in ihrem Inhalt verändert werden, ohne daß man es der Urkunde auch nur von ferne ansieht. So ist dahier ein in dieser Beziehung sehr merkwürdiger Fall vorgekommen. Gegen einen vermöglichen Landmann wurde eine nur unterschriebene Urkunde vorgelegt, worin sich derselbe wegen Hochzeit und andern Waaren zu einer Schuld von 770 fl. bekannte. Die Urkunde enthielt die Summe von 770 fl. in Zahlen und sogar noch in einer besondern Zeile: sage

„siebenhundert siebzig Gulden."

Der Beklagte läugnete die Schuld von 770 fl., und gab nur 70 fl. zu, und nachdem man dahier hinsichtlich des Inhalts der Urkunde auf einen Eid des Producenten aus dem Grund erkannt hatte, weil der Ausdruck für Hochzeit und andere Waaren keine vollständige, bestimmte Vertragsursache enthielt, leistete der Producent den Eid nicht. Wie dieses gekommen ist, weiß ich nicht, aber das glaube ich, daß der Producent nach der Unterschrift des Produkten ganz bequem in die von ihm selbst geschriebene Urkunde vor die Zahl 70 noch einen Siebener, und in die besondere Zeile vor das Wort siebzig noch das Wort siebenhundert schreiben konnte. Auf eine solche Erscheinung und auf eine Reihe ähnlicher, gewiß Jedem in einer mehrjährigen Gerichtspraxis vorgekommenen Erscheinungen, wird man wohl den Ausspruch bauen dürfen, daß es zum mindesten höchst unvorsichtig vom Gesetzgeber gewesen wäre, wenn er mit dem Beweis der Aechtheit der Unterschrift einer in ihrem Inhalt vom Gläubiger geschriebenen Urkunde überall auch eine gesetzliche Vermuthung für die Wahrheit dieses Inhalts verbunden hätte, und man wird daraus die Behauptung entnehmen dürfen, daß kein ausreichender Grund in der Lage der Frage vorliegt, wo die grammatikalische Interpretation des Landrechtsatzes 1322 und des §. 434 der Prozeßordnung nicht für ihre Anwendbarkeit auf die als ächt in der Schrift erwiesenen Privaturkunden geltend gemacht werden kann, nunmehr mit einer logischen Interpretation dahin zu gelangen, daß eine nicht anerkannte, jedoch als ächt in ihrer Schrift erwiesene Privaturkunde ohne alle weitere Beweisantretung für die Wahrheit ihres Inhalts doch eine gleiche, vollständige Beweiskraft für diesen Inhalt haben müsse, als wie eine öffentliche von einem Staatsschreiber vor zwei Zeugen geschriebene, mit allen weitern Förmlichkeiten versehene Urkunde *).

Alles Vorstehende zusammenfassend kommt man vielmehr zu einem ganz andern, mir allein richtig denkenden Ergebniß. Die Uebereinkunft und die sie enthaltende Privaturkunde ist nicht Eins und dasselbe, sondern diese Privaturkunde ist nur ein vom Gesetz zugelassenes und anerkanntes Beweismittel der Uebereinkunft. Die Beweiskraft eines juristischen Beweismittels wird in ihren thatsächlichen Voraussetzungen, in ihrem besondern Umfang und ihrer besondern Wirkung auf den zu beweisenden Gegenstand durch das Gesetz bestimmt. Nur der anerkannten, oder auf gesetzliche Weise als anerkannt erklärten Privaturkunde wird durch den Landrechtsatz 1322 die gleiche Beweiskraft, als wie einer öffentlichen Urkunde für die zu beweisende Uebereinkunft, oder durch den §. 434 der Prozeßordnung eine gesetzliche Vermuthung für die Aechtheit und Wahrheit ihres Inhalts beigelegt. Das Gesetz stellt die in ihrer Handschrift oder Unterschrift als ächt erwiesene nicht anerkannte Privaturkunde der anerkannten, oder als anerkannt erklärten Privaturkunde nicht gleich. Das Gesetz ertheilt der in ihrer Schrift als ächt erwiesenen, nicht anerkannten Privaturkunde keine besondere juristische Beweiskraft für die dadurch zu erweisende Uebereinkunft. Man kann daher der als ächt in ihrer Schrift erwiesenen, nicht anerkannten Privaturkunde nur diejenige Beweiskraft zuerkennen, die

*) Alle Bedenken, die hier gegen die Beweiskraft einer als ächt erwiesenen Urkunde gesagt ist, lassen sich in gleicher Weise auch gegen die Beweiskraft der vom Produkten als ächt anerkannten Urkunde anführen. Die Möglichkeiten, daß man die Urkunde nur als Entwurf oder zu einem andern Zwecke geschrieben habe und dgl., liegen ganz eben so vor, der Produkt mag die Aechtheit der erwiesenermaßen von ihm geschriebenen Urkunde noch selbst anerkennen oder nicht. Die Fälle, wo eine von dem Produkten wirklich geschriebene, also ächte Urkunde, in ihrem Inhalte dennoch unrichtig sein kann, sind im Satz 434 Abs. 2 gehörig berücksichtigt, und es kann bei dem dort frei gegebenen richterlichen Ermessen der Täuschung so ziemlich vorgebeugt werden. Nur soll derjenige, der eine Urkunde erwiesenermaßen geschrieben hat und seine Schrift nun dennoch abläugnet, in Bezug auf die Beweiskraft der Urkunde nicht besser daran sein, als derjenige, der die Aechtheit freiwillig anerkennt. In Frankreich wird nach dem §. 213 des code de proc. civ. derjenige, der die Aechtheit der Urkunde abgeläugnet hat, im Falle des sonst gelieferten Beweises derselben in eine Geldstrafe verfällt. Soll dies bei uns auch nicht geschehen, so wird unsere Prozeßordnung doch auf das fälschliche Abläugnen der (nachher konstatirten) Aechtheit nicht eine Belohnung setzen. D. Red.

Digitized by Google

ihr aus der Natur der Sache nach allgemein vernünftigen, logisch richtigen Schlußfolgerungen für die zu beweisende Uebereinkunft zusteht. Aus der Niederschreibung einer Urkunde, aus der Unterschreibung einer von einem Andern geschriebenen Urkunde folgt nur eine mehr oder minder starke menschliche Vermuthung, daß man das, was man geschrieben, oder was man sogar nur unterschrieben hat, auch wirklich und ernstlich so gewollt hat, wie es geschrieben ist. Diese, blos richterliche, aus einer Urkunde entnommene Vermuthung begründet für sich allein keinen vollständigen Beweis des Inhalts der Urkunde. Als Anfang eines schriftlichen Beweises berechtigt sie aber zur Zulassung des Zeugenbeweises über den Inhalt der Urkunde, oder zur Erkennung eines Notheides darüber.

Ich könnte hiermit schließen, allein bei Aufstellung einer Meinung, die einer andern allgemein verbreiteten Meinung zum erstenmal entschieden entgegen tritt, ist es nie überflüssig, wenn man durch Gegenüberstellung der Folgen beiderlei Meinungen, und durch ihre Vergleichung mit andern verwandten Bestimmungen des Gesetzes die neue Meinung bestätigt und bekräftigt.

Wenn man zwischen dem zu erweisenden Vertrag und der ihn erweisenden Urkunde, wie man muß, unterscheidet, so ist es gewiß auffallend, daß das die Verschiedenheit beider Dinge anerkennende Gesetz sich lediglich nur auf den Beweis der Urkunde beschränkt, und nicht auf den Beweis des Vertrags eingelassen haben sollte. Nicht das begründet eine Klage, daß eine Urkunde besteht, sondern das begründet sie, daß ein Vertrag besteht, und wenn man nun mit der andern Meinung den Beweissatz lediglich nur auf den Bestand der Urkunde, auf ihre Aechtheit in der Unterschrift stellt und beschränkt, so ist bei der Verschiedenheit beider Dinge, des Vertrags und der Urkunde, das kein logisch richtiges Ergebniß zu nennen, daß man Jenen, der den Abschluß des Vertrags und die Ausstellung der Urkunde bestreitet, nunmehr schlechthin als des Abschlusses des Vertrags vollständig überwiesen erklärt, und ohne weiters deshalb verurtheilt, weil der Andere bewiesen hat, daß er eine Urkunde unterschrieben hat, welche gerade in dem den Vertrag erfassenden Inhalt nicht einmal von ihm herrührt. Das Gesetz erkennt doch sonst nicht an, daß die Existenz einer Urkunde den Beweis ihres Inhalts überflüssigt. Wenn eine Urkunde verloren ist, so stellt das Gesetz im Landrechtsatz 1348 und in den §§. 429, 430 der Prozeßordnung den Beweissatz nicht auf den alleinigen Umstand des Bestands der Urkunde, und des Umstands, daß der Beklagte sie unterschrieben hat, sondern das Gesetz fordert nunmehr noch einen Beweis ihres Inhalts *): selbst wenn ihr Bestand erwiesen und ihr Inhalt wahrscheinlich gemacht ist, so wird noch ein Erfüllungseid über den Inhalt im §. 430 zugelassen und verlangt, und wenn also das Gesetz bei dem erwiesenen Umstand, daß der Beklagte eine Urkunde über die der Klage zu Grunde liegende Forderung ausgestellt hat, und bei dem fernern Umstand, daß der Inhalt dieser Urkunde wahrscheinlich gemacht worden ist, doch noch keinen vollen Beweis der eingeklagten Forderung findet, wenn es nur so weit geht, daß es darin einen Grund findet, den Kläger noch zum Erfüllungseid über den Inhalt der Urkunde zuzulassen, so wird man damit die Bestimmung des Gesetzes nicht vereinbaren können, daß es bei nicht anerkannten Unterschrift eines Erblassers zur Verurtheilung des Erben genügen sollte, daß der Kläger lediglich nur mittelst zwei Zeugen beweist, daß ganz abgesehen von dem Inhalt der Urkunde die bestrittene Unterschrift von dem Erblasser herrühre.

Man geräth sodann in der andern Meinung in einen nicht geringen Widerspruch mit dem Landrechtsatz 1341. Nach seiner Bestimmung sollen die Rechtsgeschäfte über 75 fl. nicht durch Zeugen erwiesen werden. Nimmt man nun den Fall einer abgeläugneten Privaturkunde, so hat der Produkt nicht nur im Produktionsverfahren die vorgelegte Privaturkunde abgeläugnet, sondern er hat auch zuvor ihren Inhalt als den thatsächlichen Klaggrund geläugnet, und dieser Inhalt ist der Gegenstand des dem Kläger aufliegenden Beweissatzes. Bestätigen nun zwei Zeugen die Aechtheit der Unterschrift, sagen sie ohne allen Bezug auf den Inhalt der Urkunde aus, daß in ihrer Gegenwart der Beklagte seinen Namen dahin geschrieben habe, wohin sie unmittelbar unter seinen Namen ihre Namen geschrieben haben, und folgert man nun aus dieser Aussage die Wahrheit und Aechtheit des Inhalts der Urkunde, so wird dieser Inhalt, also das der Klage unterliegende Darlehen von 1000 fl. der Sache nach durch die Zeugen bewiesen, obschon sie über dieses Rechtsgeschäft kein Wort ausgesagt haben, und obschon ein Darlehen von 1000 fl. nicht durch Zeugen erwiesen werden soll. Nach der hier aufgestellten Meinung steht aber die Zulassung des Zeugenbeweises zum Beweis der Aechtheit der Unterschrift in einer Privaturkunde in keinem Widerspruch mit dem Landrechtsatz 1341. Hiernach haben die Zeugen nur über die

*) Es darf nur bewiesen werden, daß die verlorne Urkunde den angegebenen Inhalt wirklich hatte, nicht aber auch, daß dieser Inhalt wahr sei. Kann der Inhalt sonst als wahr bewiesen werden, so bedarf es der Urkunde gar nicht, und eben so wenig des Beweises ihres Verlustes. Der Beweis, daß die Urkunde einen angegebenen Inhalt habe, kann aber der Natur der Sache nach nur bei verlornen Urkunden vorkommen, denn bei vorhandenen (produzirten) Urkunden ergibt er sich durch Augenschein, d. h. daraus, daß der Richter die Urkunde liest.

D. Red.

Digitized by Google

Thatsache auszusagen, daß der unter einer Urkunde geschriebene Namen wirklich von dem geschrieben worden ist, der diesen Namen führt. Diese Schrift ist kein Rechtsgeschäft sondern eine reine Thathandlung, welche durch Zeugen bewiesen werden kann, und welche selbst dann den Zeugenbeweis zuläßt, wenn man einen Bezug der Unterschrift auf das Rechtsgeschäft annimmt, weil sie eine solche Vorkommenheit ist, über welche man nicht wieder eine Urkunde aufnimmt. Haben aber die Zeugen die Richtigkeit der Unterschrift als einer vor ihnen vorgekommenen Thatsache bestätigt, so ist damit nichts für den Vertrag für die Wahrheit des Inhalts der Urkunde vollständig bewiesen, sondern dieser Inhalt ist nur wahrscheinlich gemacht. In der Entnehmung dieser Wahrscheinlichkeit des Vertrags aus einer vom Beklagten erwiesenermaßen herrührenden Urkunde wird nun nach Landrechtsatz 1347 der Zeugenbeweis selbst über den Inhalt, über den Vertrag zulässig. Haben die Zeugen darüber Kenntniß, so sagen sie darüber aus, und dann kann aus ihren nicht nur auf die Wahrheit der Unterschrift, sondern auch auf die Wahrheit des Vertragsabschlusses selbst ergehenden Aussagen auch ein richtiger Schluß auf diesen Vertrag selbst gezogen werden. Wissen sie nichts über den Vertrag selbst, oder nichts Gewisses, so kann die durch die erwiesene Richtigkeit der Unterschrift der Urkunde dargelegte richterliche Vermuthung für die Wahrheit des Vertrags durch einen auf den Inhalt der Urkunde gehenden Erfüllungseid zu einem vollen Beweis erhoben werden. Wie man aber zur vollständigen Darlegung des auf die Wahrheit eines Vertrags lautenden Hauptbeweissatzes damit kommt, daß man in dem Incidentverfahren über die Wahrheit der Unterschrift einer Urkunde nur und allein diese Thatsache erwiesen hat, das weiß ich wenigstens mit keinem Gesetz zu belegen.

Was aber der hier aufgestellten Meinung den Vorzug sichern sollte, ist der Umstand, daß sie der Weg ist, auf dem die Wahrheit des im Streit liegenden, wenn auch nicht überall entdeckt, doch wenigstens allein gesucht werden kann. Man hört nicht selten in bürgerlichen Rechtsstreiten die Klage, daß man trotz aller Wahrscheinlichkeit eines Betrugs nicht im Stande sei, die Wahrheit zu finden. Allein man ist selbst daran schuld, indem man sich ohne allen gesetzlichen Grund den Weg der Auffindung der Wahrheit selbst verschließt, und damit den Betrug nur zu sehr erleichtert. Hauptsächlich in den Fällen, wo die Beweisurkunde der eingeklagten Forderung nur von dem Schuldner unterschrieben und nicht geschrieben ist, liegt es nicht selten als höchst wahrscheinlich vor, daß nicht die Unterschrift, sondern der Inhalt der vom Gläubiger geschriebenen Urkunde wahrheitswidrig ist. Setzt man nun nur die Thatsache der Unterschrift zum Beweise aus, so kann dieser Beweis durch Zeugen oder nach vorausgegangener Schriftvergleichung durch den Eid des Producenten ganz wahrheitsgemäß geführt werden. In dem oben angeführten Fall hätte der Producent der auf 770 fl. lautenden Urkunde ganz der Wahrheit gemäß schwören können, daß die unter der Handschrift befindliche Unterschrift des Produkten ächte sei, und doch war die Urkunde sicherlich in ihrem Inhalt verfälscht. Wie schwer und wie vielfach unmöglich es ist, den in der Veränderung einer Urkunde liegenden Betrug des Producenten da zu entdecken, wo die Urkunde von seiner Hand herkommt, weiß Jedermann. Wie manchmal betrügerische Menschen sich über eine und dieselbe Schuld mehrere Urkunden zu verschaffen wissen, über alles dieses hat gewiß Jeder in einer nur kurzen Gerichtspraxis Erfahrungen gesammelt, und wenn man nun in allen solchen Fällen den Beweis der Schuld im Beweis der Richtigkeit der alleinigen Unterschrift findet, so hat man es den schamlosesten Betrügern nur erleichtert, ihr verderbliches Gewerbe möglichst sicher und straflos zu betreiben *). Es ist wohl richtig, daß man auch mit dem Verlangen eines Eides auf den Inhalt einer Urkunde immer noch auf einen Meineid stoßen kann. Allein man erschwert doch damit den Betrug, denn wenn ein betrügerischer Gläubiger weiß, daß er zur Wahrheit des Inhalts der von ihm geschriebenen Urkunde höchstens noch die Thatsache der Richtigkeit der Unterschrift zu beschwören hat, wenn er weiß, daß die Zeugen nur über diese Unterschrift auszusagen haben, so wird er und die Zeugen sich leichter zu einem Betrug im Inhalt der Urkunde und zur Theilnahme daran verleiten lassen, als wenn sie wissen, daß der Beweis der Richtigkeit der Unterschrift nicht ausreicht, und daß sie auch über den Inhalt der Urkunde und über ihre Wahrheit auszusagen und einen Eid zu leisten haben. Exempla sunt odiosa. Aber Jedem sind gewiß schon Zweifel genug vorgekommen, die bei ihm trotz eines auf die Richtigkeit der Unterschrift einer Urkunde geleisteten Eides über den Inhalt der Urkunde bestanden, und wo solche, leider nur zu sehr aus dem Leben gegriffene Zweifel bestehen, da wird man gewiß die gegentheilige Meinung bezweifeln dürfen, daß der Gesetzgeber zum vollständigen Beweis eines bestrittenen Vertrags lediglich nichts verlangt hätte, als daß der

*) Allerdings geschieht es oft, daß mit verfälschten Urkunden Betrug gespielt wird, aber doch geschieht es noch weit öfter, daß durch gewissenloses Läugnen ein Anderer um sein Recht gebracht wird, und wenn man nun bedenkt, wie schwer es hält, die Aechtheit einer abgeläugneten Urkunde (da Schriftvergleichung für sich allein nicht hinreicht) darzuthun, so wäre es ja vollends ganz trostlos, wenn man die (im Uebrigen vollgültige) Urkunde, deren Aechtheit endlich erwiesen ist, nun erst noch nicht als beweiskräftig erkennen, sondern höchstens nur als Anfang eines schriftlichen Beweises, zu dessen Ergänzung vielleicht keine weitern Beweismittel mehr vorliegen, zulassen wollte. D. Red.

Digitized by Google

Gläubiger die Richtigkeit der Unterschrift des Schuldners auf der Urkunde erweise, welche gerade in dem den Vertrag enthaltenden Inhalt von ihm selbst geschrieben ist. Diese Zweifel werden zudem in Betrachtung unseres Landrechts gegenüber dem französischen Recht noch größer. Nach französischem Recht kann dem Kläger, der seine Klage mit einer anerkannten oder mit einer als ächt erwiesenen Urkunde beweist immer noch der Haupteid über den der Klage unterliegenden Vertrag zugeschoben weeden. Nach unserm Recht nach Landrechtsatz 1360a S. 570 der Prozeßordnung kann aber gegen den Inhalt einer vollbeweisenden Uekunde kein Eid zugeschoben werden, und nimmt man nun eine in ihrer Unterschrift als ächt erwiesene Urkunde als eine vollbeweisende an, so kann der den Vertrag und die Unterschrift bestreitende Beklagte dem Kläger nicht einmal den Eid über den Vertrag zuschieben, obschon von dem Kläger hinsichlich des Verteags lediglich nichts weiteres bewiesen ist. Man kann freilich verlangen, daß man dem Beklagten zur Unzuläßigkeit des dem Kläger zugeschobenen Eides nachweisen sollte, wo denn das Gesetz eine nicht anerkannte und eine nicht gesetzlich als anerkannt erkläete Privaturkunde als eine vollbeweisende erklärt, wenn nichts anderes dargethan ist, als die Richtigkeit der Unterschrift. Aber das ist hier gerade das Unglück, daß man glaubt zu solchen Eigenschaften einer Urkunde, wie ihre vollbeweisende Kraft ist, bedürfe es keines gesetzlichen Ausspruchs, sondern es genüge, wenn man sich auf die hergebrachte Meinung beziehe, und etwa noch nachweise, daß das Gesetz keine ausdrücklich entgegenstehende Vorscheift enthalte. Eine, wenn auch allgemein hergebrachte Meinung, kann aber keine gesetzliche Vorschriften schaffen, sondern sie kann die vom Gesetze geschaffenen mehr oder minder erkennbaren Vorschriften nur bestätigen, und auf dem Wege, wo man nur nachweist, daß ein Gesetz etwas nicht verbietet, wird man mit Sicherheit das nicht finden, was das Gesetz will und voreschreibt.

Bis daher habe ich mich aber vergebens nach einer gesetzlichen Bestimmung umgesehen, welche voeschreibt, daß eine abgeläugnete Privaturkunde in dem Beweise der Aechtheit ihrer Unterschrift die in ihr enthaltene Uebereinkunft ohne allen darauf gerichteten Beweis vollständig beweist. Vergebens habe ich gebeten, mir darüber Gesetze oder auch nur richtige und nothwendige Schlußfolgerungen aus bestimmten Vorschriften des Gesetzes nachzuweisen, und so lange dieses nicht geschehen ist, wird man fortan behaupten dürfen, daß eine in der Richtigkeit ihrer Unterschrift bewiesene nicht anerkannte Peivaturkunde noch nicht für sich allein die darin enthaltene Uebereinkunft vollständig beweist. Bei der höchst praktischen Wichtigkeit der hier zur Speache gebrachten Frage werde ich wünschen dürfen, daß die seitherige Meinung sich begründe und als die richtige nachweise, und wenn die Anwälte in Zukunft eine besondere Appellationsbeschwerde dagegen auistellen, daß der Unterrichter mit dem unbedingten oder auf den Eid des §. 451 der Prozeßordnung bedingten Beweis der Aechtheit der Unterschrift auch den vollen Beweis der bestrittenen Uebereinkunft alsbald verbunden habe, so wird sich wenigstens die seitherige Meinung des Gerichtsgebrauchs in der Lage sehen, nicht wie bis jetzt über diese Frage mit Stillschweigen hinwegzugehen, sondern die Gründe anzugeben, welche die seitherige Meinung rechtfertigen.

Sander.

II.

Kann ein zugeschobener und angenommener Eid auch nach der Verkündung des Urtheils noch zurückgeschoben werden?

Annalen 2ter Jahrgang S. 197 — 99.

Die in dem obigen Aufsatze vorgeschlagene Form eines auf Haupteid erkennenden Urtheiles hat bisher in der Praxis noch wenig Eingang gefunden. —

Es ist mir auch noch kein Urtheil eines Obergerichts zu Gesicht gekommen, wo selbst diese Form gebraucht woeden wäre. Es kommt daher häufig der Fall vor, daß die Partei, welche den zugeschobenen Haupteid angenommen hat, solchen erst nach Verkündung des Urtheiles zurückschiebt und bittet, durch Ergänzungsurtheil die Folgen der Leistung oder Verweigerung des zurückgeschobenen Eides auszusprechen.

Das Bezirksamt Villingen hat in zwei nach einander vorkommenden Fällen diesem Begehren entsprochen und zwar aus folgenden Gründen:

das Urtheil, welches die Eidesleistung vorschreibt, muß zugleich das durch die Leistung oder Verweigerung des Eides bedingte Haupterkenntniß enthalten, §. 379, 597 der Prozeßordnung

Nach §. 594 kann der schon angenommene Haupteid noch immer zurückgeschoben werden, so lange er nicht geleistet ist, daher dies auch geschehen darf, wenn bereits Urtheil ergieng und dasselbe verkündet wurde.

Es muß daher in dem Urtheil, welches auf Haupteid erkennt, die Folge der Leistung und Verweigerung nicht nur des zugeschobenen sondern auch des zurückgeschobenen Eides ausgesprochen werden, wenn anders nach §. 584 das Recht der Zurückschiebung nicht wegfällt. Ist dieses anfänglich nicht geschehen, ist nämlich nicht gleich im Urtheile die Folge der Leistung oder Verweigerung des zurückgeschobenen Eides ausgesprochen woeden, so erscheint die nachträgliche Bestimmung hierüber nicht als eine Abänderung des Uetheils sondern lediglich nur als eine Ergänzung desselben. Die Ergänzung eines Urtheils findet aber zufolge des §. 1162 auf den Antrag einer Partei auch nach erfolgter Urtheilsverkündung statt.

Haager.

Hauptredakteur: Vicekanzlee Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 34. Karlsruhe den 21. August 1841.

I.

Ueber die Rechtsmittel der Restitution und Cassation in Straffachen.

§. 1. Das Gesetz vom 3. August 1837 (Regierungsblatt Nr. 25), welchem wir der zweckmäßigen Verbesserungen des Strafverfahrens nicht wenige verdanken, läßt es unter andern hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten, bei den bestehenden Rechten.

Was aber in dieser Hinsicht wirklich Rechtens sei, ist eine Frage, deren Lösung nicht zu den leichtesten Aufgaben gehört. — Ganz besonders liegt das Nichtigkeitswesen im Argen, weil es von der Gesetzgebung nur immer geduldet, aber niemals geordnet worden ist. Nicht eben so schlimm steht es mit der Lehre von der Wiederherstellung, weil sie, obgleich von der Legislation ebenfalls wenig gepflegt, auf einfacheren Grundlagen beruht und im Allgemeinen mehr Gunst genießt, als das odiöse Rechtsmittel der Cassation.

Es wird nicht ungeeignet sein, gleich hier einige charakteristische Merkmale beider Rechtsmittel hervorzuheben.

I. Ihre gemeinschaftliche Natur besteht darin:

1) daß sie in die Classe der außerordentlichen Rechtsmittel gehören, welchen keine Nothfrist, überhaupt kein bestimmter Termin läuft, weil sowohl die Rechte der Unschuld, als die Nichtigkeitsbeschwerden unverjährbar sind;
2) daß sie nur vollzugsreife Urtheile zum Gegenstande haben, welche durch kein ordentliches Rechtsmittel beseitigt werden können, und
3) daß sie gegen den Vollzug schützen, in so weit derselbe nicht schon geschehen ist.

II. Beide Rechtsmittel unterscheiden sich aber wesentlich dadurch:

1) daß die Nichtigkeitsbeschwerde aus den verhandelten Akten gerechtfertigt, das Wiederherstellungsgesuch hingegen auf Neuheiten gegründet werden muß;
2) daß Erstere gegen hofgerichtliche Urtheile erster Instanz und gegen amtliche Erkenntnisse niemals zulässig ist, während Letztere sowohl die amtlichen, als hofgerichtlichen und oberhofgerichtlichen Urtheile ergreift, und
3) daß bei der Ersten die formelle und bei der Andern die materielle Gültigkeit eines Urtheils den Beewurf weiterer Erörterung bildet.

Einige andere Verschiedenheiten werden sich besser unter den einzelnen Abschnitten erwähnen lassen.

§. 2. A. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Es ist ein Unterschied zwischen lossprechenden und verdammenden Urtheilen. Von den Erstern wird in der Doctrin angenommen, daß sie sogleich mit der Verkündung rechtskräftig werden. Dies gilt jedoch hierlands nur von amtlichen Urtheilen, welche unbedingt freisprechen, d. h. den Angeschuldigten für verdachtlos, straflos oder schuldlos erklären, weil dagegen von Seiten des Staatsanwalts nicht recurrirt werden kann. *)

Hofgerichtliche Urtheile dieser Art werden erst rechtskräftig, wenn von Seiten des Staatsanwalts auf den Recurs verzichtet, oder die gesetzliche Frist zur Ausführung desselben abgelaufen ist. Gesetz vom 3. August 1837, §. 7 und 12.

Klagfreie Erkenntnisse, oder bloße Entbindungen von der Instanz hingegen lassen jederzeit, sobald sich neue Beweise ergeben, eine Reassumtion der Untersuchung zu, welche selbst gegen unbedingt lossprechende Urtheile alsdann statt findet, wenn sich hintennach zeigt, daß sie auf falsche, factische Grundlagen gebaut sind. Strafedict vom 4 April 1803, §. 18. Oberhofgerichtliche Jahrbücher von 1823 S. 218. Mittermaier, deutsches Strafverfahren §. 198. v. Jagemann, Untersuchungskunde §. 643.

Im bürgerlichen Prozesse setzt die Restitution nothwendig ein rechtskräftiges Urtheil voraus. Prozeßordnung §. 1254.

*) In Steuerstraffachen steht jedoch den Finanzbehörden, und in Straffachen, welche auf Anzeige einer Verwaltungsbehörde zur Untersuchung kommen, den Letztern auch gegen die freisprechenden amtlichen Erkenntnisse der Recurs zu. Gesetz vom 22. Juni 1837 Art. 10, und Gesetz vom 3. August 1839 §. 9. D. Red.

Digitized by Google

Huldigt man nun der ziemlich herrschenden Ansicht, daß verdammende Urtheile nicht in Rechtskraft übergehen, weil die Wahrheit, woran dem Staat zu allen Zeiten gelegen sein müsse, oder der Beweis der Unschuld, an keinen Termin gebunden sei; Stübel, Criminalverfahren, §§. 3212, 3247 und 3469. Tittmann, Strafrecht, §. 904 — so kann freilich von einer solchen Restitution im Strafprozesse nicht wohl die Rede sein. Dem Wesen nach ist es jedoch gleich viel, ob die Strafurtheile rechtskräftig oder nur vollzugsreif werden, weil eine spätere Abänderung derselben im Rechtswege nur gegen Neuheiten erfolgen kann. Mittermaier, deutsches Strafverfahren, §. 195. Jahrbücher, n. F. II. S. 112 ff.

Die Urtheile werden aber Vollzugsreif, sobald die landesherrliche Bestätigung, wo dieselbe noch nöthig †), hinzugetreten, oder kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig, oder die Bitte um Begnadigung nicht zu gehöriger Zeit eingelegt, oder aber bei rechtzeitig angebrachtem Gnadengesuch mindestens eine dreimonatliche Correctionshausstrafe in Frage ist (Annalen v. 1837, S. 104). Doch findet in Preßsachen der Recurs zur Gnade nur statt, wenn der Staatsanwalt die Klage von Amtswegen erhoben hat. Preßgesetz, §. 87.

In allen andern Preßfällen tritt also die Vollziehbarkeit ein, sobald die Appellation erledigt oder die Anmeldungsfrist umflossen ist. Sonst aber wird ein Urtheil niemals in der Art rechtskräftig, daß die erkannte Strafe vom Großherzog nicht gemildert oder ganz nachgelassen werden könnte. Verfassungsurkunde, §. 15.

Die zeitige Einbringung des Wiederherstellungsgesuchs kann gegen den Vollzug der erkannten Strafe schützen; in Preßsachen jedoch nur, wenn dasselbe innerhalb der Appellationsnothfrist angebracht wird. Preßgesetz, §. 85. Ist aber die Strafe einmal vollzogen, so lassen sich durch die Restitution die entstandenen Uebel nicht mehr abnehmen, sondern nur die Rechte und Güter wieder herstellen, welche dem Verurtheilten bereits entzogen worden sind. Stübel, l. c., §. 3471.

Das Recht, die Wiedraufnahme der Untersuchung zu begehren, steht nicht allein dem Verurtheilten, sondern auch dessen Erben und Verwandten in eigenem Namen zu. Martin, Criminalprozeß, §. 159 Note 18. Mittermaier, l. c. §. 198.

Das Wiederherstellungsgesuch ist bei demjenigen Gerichte anzubringen, von welchem ursprünglich das Urtheil, gegen das die Wiederherstellung gesucht wird, ausgegangen ist, Preßgesetz, §. 85. Prozeßordnung, §. 1251; es mag die Restitution ex capite novorum oder ex culpa referentis begehrt werden.

§. 3. I. Wiederherstellung wegen Neuheiten.

Die Wiederaufnahme der Untersuchung kann jederzeit verlangt werden:

1) wegen neuaufgefundener Thatsachen und Beweise, welche geeignet sind, die Grundlosigkeit des früheren Anschuldigungsbeweises oder die Unschuld des Verurtheilten darzuthun. Mittermaier, l. c., §. 198. Jahrbücher, l. c., S. 415.
2) Auf den Grund der Entdeckung, daß die Richter, welche gegen den Angeschuldigten gesprochen, die Zeugen und Sachverständigen, welche zu dessen Nachtheil ausgesagt, meineidig oder bestochen, oder aber, daß die Urkunden, welche zum Anschuldigungsbeweis gedient haben, falsch oder verfälscht gewesen sind, nach Analogie der Prozeßordnung §. 1252, Nr. 2, 3 und 5.

Auf Einkunft des Wiederherstellungsgesuchs ordnet das Gericht, so weit nöthig, die Erhebung der Beweise an und verfährt dann eben so, als ob jetzt das erste Urtheil zu fällen wäre †). Preßgesetz, §. 85.

II. Restitutio ex culpa referentis.

Das Oberhofgericht hat durch Observanz dieses Rechtsmittel zunächst für Civilsachen eingeführt, damit nicht das materielle Recht unter den Versehen der Referenten leide. Diese Restitution ist nur eine besondere Art des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Neuheiten. Jahrbücher von 1824 S. 184, und von 1827/28 S. 362. Sie findet, nach der Praxis des obersten Gerichtshofs, wie billig, auch in Strafsachen statt. Jahrbücher von 1829/30, S. 195. Obwohl nun die neue Prozeßordnung dieses Rechtsmittel in bürgerlichen Sachen wieder verdrängt hat, Jahrbücher, neue Folge II. S. 73, so behältes doch in Strafsachen fortwährender Geltung, weil die Art und Weise, wie hier die Urtheile zu Stande gebracht werden, noch immer dieselbe ist.

Im Uebrigen dient der oberhofgerichtliche Gemeinbescheid vom 3. Januar 1827 zur Norm, mit der Abweichung jedoch:

1) daß der Verurtheilte keine bestimmte Frist einzuhalten, und daher auch keine Erstreckung derselben nachzusuchen braucht;
2) daß gegen den Verurtheilten und dessen Anwalt, wenn das Wiederherstellungsgesuch als unbegründet

†) Die landesherrliche Bestätigung, welche immer erst nach Erledigung des Recurses, oder nach Ablauf der Recursfrist, falls nicht schon früher darauf verzichtet worden, eingeholt wird, ist nur noch nöthig, wenn das Urtheil auf mehr als zehnjährige Zuchthausstrafe, auf Deportation, Dienstunwürdigkeitserklärung oder Todesstrafe lautet. D. E.

†) War z. B. vor Fällung des angefochtenen Urtheils schriftliche Vertheidigung nöthig, so muß sie auch jetzt wieder gestattet werden. D. E.

Digitized by Google

(von Frivolität soll keine Rede mehr sein) erscheinen sollte, keine Strafe erkannt werden kann;

3) daß gegen ein restitutorio erlassenes Urtheil ein weiterer Rechtszug alsdann stattfindet, wenn solcher gegen das erste Erkenntniß zulässig wäre; endlich

4) daß im Anklageprozeß die Gegenpartei über das Restitutionsgesuch gehört werden muß.

Da sich diese Sätze aus der Natur der Sache ergeben, so wird eine nähere Begründung derselben nicht nöthig sein.

§. 5. B. Nichtigkeitsbeschwerde.

Die erste Erwähnung von diesem Rechtsmittel geschieht gelegenheitlich im §. 18 des Strafedikts, indem dort von solchen Nichtigkeitrn gesprochen wird, die dazu dienten, etwas wissentlich Falsches für wahr hinzustellen. Wenn gleich die hiebei angeführtrn Beispiele sich mehr als Gründe zur Wiederaufnahme einer Untersuchung darstellen, so geht doch daraus unzweifelhaft hervor, daß der Gesetzgeber jedenfalls die gemeinrechtliche Cassationsbeschwerde beibehalten wollte. Dieß wird zur Gewißhrit durch die Verordnung vom 18. August 1806 (Regbl. Nr. 19), welche ausspricht, daß die Nichtigkeiten in polizeilichen und peinlichen Sachen (mit Inbegriff der Injurien) nach dem Geist des Edikts vom 28. März 1804 beurtheilt werden sollen. Daraus erklärt es sich zugleich, daß in der Oeganisation der obersten Justiz-Verwaltung vom 6. Mai 1807 (Regbl. Nr. 16), von solchen Cassationssachen die Rede ist, wo gegen einen hofgerichtlichen Spruch in Civil- oder Criminalsachen, wider welchen eine direkte Nichtigkeitsklage nicht statt findet, wegen unheilbaree Mißleitung des Prozesses aus dem Edikt vom 4. Oktober 1806 (Regbl. Nr. 22) mittelst der Revision eine Rectificirung des Verfahrens nachgesucht wird.

Die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels ist daher jeweils von dem obersten Gerichtshofe schon vor Emanieung des Gesetzes vom 3. August 1837 nicht beanstandet worden. Jahrbücher von 1831/32 S. 184 und 304. Doch ist die Cassation überall ausgeschlossen, wo das ordentliche Rechtsmittel der Appellation oder des Recurses statt findet, indem das eine und andere auch zur Ausführung der Nichtigkeiten genügt. Sie soll nur dann als Nothbehrlf dienen, wenn die Beschwerde nicht auf anderem Wege mit gleicher Wirkung geltend gemacht werden kann. O. G. O. §. 168 und Nullitäten-Edikt Abs. I., §. 2, vgl. mit der Verordnung vom 18. August 1806.

Daraus folgt also, daß gegen hofgerichtliche Urtheile erster Instanz und gegen amtliche Erkenntnisse überhaupt die Cassation niemals Platz greift, weil dagegrn der Recurs, bezirhungsweis die Appellation (in Ehrenkränkungs- und Preßsachen), an den höheren Richtee unbedingt zulässig ist.

Wee das ordentlichr Rechtsmittel versäumt, wird dadurch der Nichtigkeitsbeschwerde verlustig, weil die eigene Nachlässigkeit des Angeschuldigten die Befugniß zur Ergeeifung eines außerordentlichen Rechtsmittels niemals erzeugen kann.

Wo nun die Nichtigkeitsbeschwerde im Wege eines ordentlichen Rechtsmittels zur Ausführuag gebracht, oder mit diesem verbunden wird, da sind natürlich auch die Förmlichkeiten des Letzteren zu beobachten. Gesetz vom 3. August 1837 §. 1, 2, 10 und 12. Die Cassation, als selbstständiges Rechtsmittel, geht nur wider hofgerichtliche und obere hofgerichtliche Urtheile zweitee Instanz, vorausgesetzt jedoch, daß die Nichtigkeiten in dem Veefahren oder Urtheil desjenigen Gerichtshofs, bei welchem die Beschwerde angebracht wird, begangen worden sind.

Hat sie ein hofgeeichtliches Urtheil zum Gegenstande, so muß sie nach Maßgabe der Organisation vom 6. Mai 1807 bei dem Obeehofgericht angebracht werden. Ist aber das nichtige Uetheil von drm Oberhofgerichte selbst ausgegangen, so findet das Rechtsmittel, nach Analogie der restit. ex culpa referentis, nur bei diesem Grrichtshofe statt, weil keine höhere Instanz vorhanden ist.

Zu keiner Zeit sind die obersten Gerichtshöfe für unfehlbar gehalten, und deshalb auch die Nichtigkeitsbeschwerden gegen die Urtheile derselben von jeher zugelassen worden. Linde, bürgerl. Prozeß, V. Bd. S. 673 ff.

Was aber in dieser Hinsicht für Civilsachen gemeinen Rechtens ist, das muß auf Strafsachen, wo die höchsten Güter des Menschen auf dem Spiele stehen, um so mehr Anwendung finden, als kein partikularrechtliches Gesetz das Gegentheil verordnet, und als es Nichtigkeiten gibt, die gerade nur in dee letzten Instanz begangen werden können, wie sich weiter unten (§. 7) ergeben wird.

Obgleich übrigens die Nichtigkeitsbeschweede gemeinrechtlich durch keine Zeitbeschränkung bedingt ist. (Stübel, §. 3298 ff. Martin, §. 57 und 158. Mitteemaier, §. 197), so hat sie doch nur in so fern Suspensiv-Effect, als das angefochtene Urtheil nicht schon vollzogen ist. O. G. O. §. 174.

§. 6. I. Allgemeine Merkmale.

Nach Absatz I. §. 1 des Nullitäten-Edikts bestehen die allgemeinen Charaktere der Nichtigkeit darin:

„daß in der Form des Rechtverfahrens oder in dem Inhalt des Uetheils etwas geschehen oder unterlassen worden sei, dessen Dasein oder Nichtdasein durch ausdrückliche Vorschriften eines Gesetzes, nicht blos duech Folgerungen aus einem Gesetz, oder durch Dictate einer nur durch gemeinen Menschenverstand erleuchteten gesunden Vernunft schon als zur gerechten Entscheidung der Sache nothwendig erscheint."

Auf diesem so weit ausgestreckten Gebiet der Nullitäten läuft man um so mehr Gefahr zu verirren, als die durch

Digitized by Google

Einführung der neuen Prozeßordnung für das bürgerliche Verfahren absolut gewordene Casuistik, welche das Edikt unter Abs. II. und III. enthält, größtentheils auf das im inquisitorischen Prozeß unstatthafte Wechselverfahren und Dispositionsrecht der Parteien berechnet, zugleich aber auch von dem Princip der Rechtssicherheit und der solchen entsprechenden Rechtskraft der Urtheile ausgegangen, folglich hier nicht durchgehends anwendbar ist. Nebst dem hat die Unterscheidung zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten in so fern keinen praktischen Werth, als eine geheilte Nichtigkeit aufhört, eine solche zu sein. Martin, §. 158 Note 6.

Es ist daher von Nichtigkeiten, welche vor Fällung des des Urtheils sanirt wurden, hier überhaupt nicht die Rede. Bei den unheilbaren Nichtigkeiten selbst, welchen eigentlich nur die im folgenden §. unter Absatz I. aufgeführten Nullitäten beizuzählen sind, wird es in Bezug auf die rechtliche Wirkung derselben gleichgültig sein, ob sie schon im Verfahren oder erst im Urtheil, beziehungsweis durch dieses oder jenes begangen wurden; denn das auf ein nichtiges Verfahren gebaute Urtheil ist ohne Zweifel eben so ungültig, als jenes, welches Nichtigkeiten in sich selbst enthält. Auf der andern Seite kann aber auch das Verfahren rechtsförmlich und blos das Urtheil für sich nichtig sein, wie denn überhaupt die Nichtigkeit bald nur einen einzelnen Act oder Theil, bald das ganze Verfahren oder Erkenntniß, bald beide zugleich treffen kann; je nach dem die wesentlichen Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und des Urtheils, oder blos die nothwendigen Förmlichkeiten des Verfahrens, oder die nothwendigen Bestandtheile des Erkenntnisses außer Acht gelassen worden sind.

§. 7. II. Besondere Anwendung.

Die einzelnen Fälle der Nichtigkeit werden sich am füglichsten unter die so eben angedeuteten drei Hauptgesichtspunkte subsumiren lassen.

I. Verletzung wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und des Urtheils.

1) Die Begehung oder Unterlassung einer Handlung ist nur in so fern strafbar, als sie ein Gesetz vorher mit Strafe bedroht hat. Nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine. Feuerbach, peinliches Recht §. 20.

a. Ist die in Frage stehende Handlung vom Gesetze nicht für strafbar erklärt oder die erkannte Strafe vom Gesetze nicht gedroht, so erscheint das verdammende Urtheil nichtig. Eine doppelte Nichtigkeit wäre es z. B., wenn die uneheliche Mutter, welche ihr Kind lebend producirt hat, wegen Unzucht zu körperlicher Züchtigung verurtheilt würde. Denn die Unzucht ist in diesem Fall vom Gesetz ausdrücklich für straflos erklärt, die körperliche Züchtigung aber überhaupt unstatthaft. Gesetz v. 16. Febr. 1813, Regierungsblatt Nr. 6. Gesetz v. 25. Nov. 1831, Regierungsblatt Nr. 30.

b. Nichtig ist auch das Urtheil, welches ein bürgerliches Vergehen mit peinlicher Strafe, z. B. die Unterschlagung anvertrauter Habe mit Schellenwerk oder Zuchthaus belegt, weil diese Strafart auf eine solche That nicht gedroht, mit andern Worten, weil ein bürgerliches Vergehen nicht peinlich strafbar ist.

2) In Fällen, welche nur auf Antrag oder Klage des Verletzten oder derer, die statt seiner zu klagen berechtigt sind, zur Untersuchung und Strafe gezogen werden können, darf der Richter nicht von Amtswegen einschreiten. Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter. Prozeßordnung §. 5.

a. Nichtig ist daher das ganze Verfahren sammt dem Urtheil, wenn Ehrenkränkungen und Preßvergehen von Amtswegen zur Untersuchung und Strafe gezogen wurden. Preßgesetz, §. 33. Ehrenkränkungsgesetz, §. 12.

Dasselbe gilt auch von Familiendiebstählen und in gewisser Beziehung von Ehebrüchen.

b. Nichtig ist das Urtheil, welches auf eine höhere als die vom Ankläger beantragte Strafe, also ultra petitum erkannt. Preßgesetz, §. 61, vergl. mit Prozeßordnung §. 376, 77 und 1175 Nr. 5.

Denn über das Begehren hinaus ist keine Anklage und keine strafbare That vorhanden. Doch ergreift die Nichtigkeit hier nicht das ganze Urtheil, sondern nur das Zuviel erkannte.

3) Ein verkündigtes Urtheil kann vom nämlichen Richter nur in Folge einer Reasumtion der Untersuchung oder in Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde, wenn der oberste Gerichtshof als letzte Instanz gesprochen hat, und vom höhern Richter nur in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel abgeändert werden. *) §. 2 und 5 supra. Prozeßordnung. §. 1165.

Nichtig wäre demnach jedes Urtheil:

a. wodurch der nämliche Richter sein früheres Erkenntniß auf dieselbe Aktenlage hin abändert oder aufhebt;

*) Indessen konnte vor dem provisorischen Gesetz vom 18. Febr. 1836, Regbl. Nr. X. ein hofgerichtliches Urtheil abgeändert werden, wenn dasselbe von dem Justiz-Ministerium als viel zu mild erachtet und mit den Akten, vor dessen Publikation, zur Prüfung und Entscheidung an das Oberhofgericht abgegeben worden ist. —

Diese Maßregel konnte jedoch nach der Verkündung nicht mehr statt finden, ohne das hieraus für den Angeschuldigten erwachsene Recht der Unabänderlichkeit des Urtheils zu kränken und eine Nichtigkeit zu begehen. D. E.

Digitized by Google

b. welches ein Erkenntniß der unteren Instanz aufhebt oder abändert, ohne daß hiergegen ein Rechtsmittel ergriffen war;

c. welches in Folge eines von dem Staatsanwalte zum Vortheil des Angeschuldigten oder von dem Angeschuldigten, beziehungsweise Verurtheilten allein ergriffenen Rechtsmittels in pejus gegen denselben erkennt, also z. B. statt der ausgesprochenen Klagfreierklärung das Schuldig ausspricht, oder der erkannten Strafe eine Schärfung hinzufügt, oder eine der Gattung oder Dauer nach härtere Strafe diktirt. Preßgesetz, §. 84. Prozeßordnung, §. 1167. Gesetz v. 3. Aug. 1837, §. 5 und 7.

d. Welches in Folge eines vom Staatsanwalt zum Nachtheil des Angeschuldigten ergriffenen Rechtsmittels, dem sich letzterer nicht angeschlossen hat, in mitius erkennt. Gesetz v. 3. Aug. 1837. §. 7 und 8.

4) Alles Verfahren vor dem unfähigen Richter, jede Verfügung oder Entscheidung desselben ist nichtig. Prozeßordnung, §. 57. Null.-Edikt Absatz II. §. 6.

Wie zufolge §. 48 des Preßgesetzes, so wird auch im inquisitorischen Prozeß die Unfähigkeit nach den in der bürgerlichen Prozeßordnung §. 56 gegebenen Bestimmungen beurtheilt werden müssen.

Der befangene Richter kann auf erwiesene Parteilichkeitsgründe (Prozeßordnung §§. 59 — 61), schlechthin abgelehnt, andernfalls aber, ohne Angabe eines Grundes, die Beigebung eines unparteiischen Concommissairs oder eines zweiten unparteiischen Protocollführers auf Kosten des Beschuldigten verlangt werden. Strafedict §. 5.

5) Niemand darf in Criminalsachen seinem ordentlichen Richter entzogen werden. Verfassungsurkunde §. 15. Unter dem ordentlichen ist der für den concreten Fall zuständige, sowohl untersuchende als urtheilende Richter verstanden.

Vor allem ist nöthig, daß derjenige, welcher sich als Richter gerirt, vom Staate mit der richterlichen Gewalt bekleidet sei. Wer diese entbehrt, ist jedenfalls unzuständig. Null.-Edikt §. 3. Aber auch der wirkliche Richter ist unzuständig, wenn er seine Gewalt über deren Umfang oder in ein Gebiet, für welches sie ihm nicht verliehen ist, oder über Personen und Handlungen ausdehnt, welche seiner Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind. Alles Verfahren vor dem unzuständigen Richter, jede Verfügung und Entscheidung desselben ist nichtig †), weil in Strafsachen wegen mangelnden Dispositionsrechts des Betheiligten keine Prorogation statt findet ††). Null.-Edikt §§. 4 und 5.

Die Zuständigkeit bestimmt sich theils nach der Organisation der Gerichte, theils nach den Gerichtsständen, welche in gemeine und besondere, oder privilegirte zerfallen.

Zur peinlichen Procedur gegen Standesherrn ist kein ordentliches Gericht competent. Edikt vom 22. Juli 1807, Regbl. Nr. 29 §. 12. Edikt vom 23. April 1818, Regbl. Nr. 9 §. 10. Edikt vom 16. April 1819, Regbl. Nr. 15 §. 7. Organisation von 1809, Regbl. Nr 52 S. 488 lit. a.

Ein pensionirter Diener kann wegen Dienstvergehen nicht gerichtlich procedirt werden, bevor er durch eine Entschließung des Staatsministeriums vor den Richter gestellt ist. Diener-Edikt von 1819 §. 16.

Uebrigens stehen Staatsdiener und Grundherrn wegen allen gerichtlich strafbaren Vergehen unter dem betreffenden Hofgerichte. Im Uebrigen vergl. Rhenanus, Straf-Edikt, Zusatz III. zum §. 2.

II. Verletzung nothwendiger Förmlichkeiten des Verfahrens.

1) Ohne rechtliches Gehör darf Niemand verurtheilt werden. Null.-Edikt §§. 7 und 8. Martin, §. 12.

a. Nichtig ist daher jedes Urtheil, vor dessen Fällung der Inculpat über den Grund der Anschuldigung nicht vernommen oder nicht in den Stand gesetzt worden ist, sich vernehmen zu lassen.

b. Nichtig ist das Urtheil, welches gegen einen Abwesenden oder Ausgebliebenen ergeht, der sich nicht im Ungehorsam befindet.

c. Nichtig ist das gegen einen Ungehorsamen gefällte Urtheil, welchem die Androhung des gesetzlichen Präjudizes nicht vorher gegangen ist; Preßgesetz §§. 71—76.

d. Nichtig ist ein Urtheil, welches auf mehr als zweijährige Zuchthausstrafe erkennt, ohne daß ein Schlußverhör vor Urkundspersonen statt gefunden hat; Straf-Edikt §§. 3 und 17.

e. Nichtig ist das Urtheil, welches zum Vollzug der landesherrlichen Bestätigung bedarf, ohne daß vor dessen Fällung der Angeschuldigte schriftlich vertheidigt worden ist; Verordnung vom 4. Juli 1809. Regbl. Nr. 28 S. 257. Verordnung vom 30. Aug. 1809. Regbl. Nr. 38 S. 319. Organisation von 1809. Beil. lit. K. §. 15. Regbl. Nr. 52 S. 466.

f. Nichtig ist das Urtheil, welches zwar nicht eine mehr als 10jährige, aber doch eine mehr als 2jährige Zuchthausstrafe ausspricht, ohne daß dem Angeschuldigten

†) Davon sind jedoch provisorische Maßregeln ausgenommen, welche in Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, auch von einem sonst unzuständigen Richter ergriffen werden können und sollen. D. E.

††) Doch wird das Verfahren eines unzuständigen Richters unter Umständen vor dem competenten Richter ratihabirt werden können. D. E.

Digitized by Google

schriftliche Vertheidigung angeboten und auf sein Verlangen gestattet worden ist; Straf-Edikt §. 17.

g. Nichtig ist auch das Urtheil, welches wegen Preßvergehens eine peinliche Strafe erkennt, ohne daß der Angeklagte vorher vertheitigt worden ist; Preßgesetz §. 55.

h. Nichtig ist endlich das auf den Recurs des Staatsanwalts zum Nachtheil eines Angeschuldigten abgeänderte Urtheil, wenn dem Letztern nicht vorher schriftliche Vertheidigung gestattet war. Gesetz vom 3. August 1837 §. 6.

In allen diesen Fällen wird das angefochtene Urtheil aufgehoben, die Nachholung des Versäumten angeordnet und darauf hin von dem vorigen Richter ein neues Urtheil gefällt werden müssen.

2) Das Gericht muß gehörig besetzt sein.

a. Zur Besatzung des Untersuchungsgerichts gehört in der Regel ein Richter und ein verpflichteter Aktuar; wenn jedoch der Richter in Ermangelung des Letztern das Protokoll selbst niederschreibt, so müssen zwei Urkundspersonen zugezogen werden. Strafedikt §. 3 lit. b.

Führt aber auch der Aktuar das Protokoll, so sind doch ausnahmsweise zwei Urkundspersonen beizuziehen bei Schlußverhören, bei Augenscheinen und bei Legalinspektionen, welcher zugleich zwei Gerichtsärzte als Techniker anwohnen müssen. Strafedikt §. 3, lit. a. L. J. O. §. 1—4.

Wird die Untersuchung durch einen Rechtspraktikanten geführt, so muß der Beamte, welchem die Aufsicht und Leitung darüber obliegt, die Handlungen seines Stellvertreters controlliren, überall sein vidit beisetzen, die Beeidigung der Zeugen selbst vornehmen und das Schlußverhör, wo ein solches nöthig, in eigener Person abhalten. Verordnung vom 16. Sept. 1810. Regierungsblatt Nr. 42, und Verordnung vom 15. Nov. 1816. Regierungsblatt Nr. 38.

Die Hintersetzung einer oder mehrerer dieser Vorschriften wird zunächst nur die Folge haben, daß der betreffende Akt keinen Glauben verdiene. Aber das Urtheil dürfte nichtig sein, welches solchen unförmlichen Akten, obwohl dadurch die Vertheidigung des Angeschuldigten beeinträchtigt oder abgeschnitten wird, vollen Glauben schenkt. L. J. O. §. 36 a. E.

b. Gibt der untersuchende Beamte zugleich das Urtheil (Strafedikt §. 4), so genügt es, wenn solches vom Aktuar niedergeschrieben und von jenem unterzeichnet ist.

Ein nicht geschriebenes Urtheil ist aber schon darum nichtig, weil ihm die Bedingung des juristischen Daseyns fehlt. Null.-Edikt §. 12. Linde, l. c. S. 525.

Zur gehörigen Besetzung eines Obergerichts wird ein Präsident oder dessen Stellvertreter, eine gewisse Anzahl von Mitgliedern und ein Secretär erfordert. Die Zahl der Richter ist bald größer bald geringer, je nachdem eine Sache im Senate oder im vollen Rathe abgeurtheilt werden muß, worüber besondere Vorschriften bestehen. Preßgesetz §. 46, Verordnung vom 7. Dezember 1837. Regierungsblatt Nr. 48.

Außerdem muß den hofgerichtlichen Sitzungen, in welchen Strafsachen zur Aburtheilung kommen, der Staatsanwalt oder dessen Stellvertreter beiwohnen, wenn er nicht, wie z. B. in Ehrenkränkungssachen, eine Partei vertritt. Gesetz vom 3. August 1837, §. 7.

Das von einem nicht gehörig besetzten Gericht gefällte Urtheil würde nichtig sein.

III. Verletzung nothwendiger Bestandtheile des Urtheils.

1. Kein Urtheil darf etwas auflegen, das entweder der Natur nach oder wegen seiner Anstößigkeit gegen unbedingt gebietende oder verbietende Gesetze zu erfüllen unmöglich wäre. Null.-Edikt, §. 13. Linde, l. c. S. 424.

2. Jedem Urtheile sind Entscheidungsgründe beizufügen. Gesetz vom 3. August 1837, §. 1.

3. Ein verdammendes Urtheil muß die Schuldigerklärung, das Verbrechen, dessen der Inkulpat für schuldig erkannt wird, und die dadurch verwirkte Strafe ausdrücken *), auch das Erkenntniß über die Kosten enthalten;

4. Jedes freisprechende Urtheil soll ausdrücken, ob der Inkulpat des in Frage stehenden Verbrechens für schuldlos, straflos (wohl auch verdachtlos), oder klagfrei erklärt werde, und denselben mit den Kosten verschonen, wenn er nicht durch eine erwiesene sträfliche oder doch gesetzwidrige Handlung den Verdacht oder die Untersuchung gegen sich veranlaßt hat. Strafedikt §. 18 u. 19.

Ein Urtheil, welches diesen Vorschriften nicht entspricht oder zuwiderläuft, wäre nichtig.

§. 8. C. Verbindung der Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Wiederherstellungsgesuche.

Für die Zulässigkeit einer solchen Cumulation spricht der §. 209 der Obergerichtsordnung, dessen analoge Anwendung auf Strafsachen keinem Bedenken unterliegen dürfte, weil beide Rechtsmittel im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen sich richten, welche im bürgerlichen Prozesse gelten.

Es versteht sich aber hiebei, daß diese Cumulation nur dann statt findet, wenn beide Rechtsmittel bei dem nämlichen Gerichte anzubringen sind. Sie hat unstreitig die Zweckmäßigkeit in allen Fällen für sich, wo das vorliegende Urtheil mehrerlei Verbrechen oder Anschuldigungspunkte umfaßt, hinsichtlich welcher dasselbe theils wegen Nullheiten, theils wegen Nichtigkeiten angefochten wird. Ohnehin ist auch, wie eben im §. 5 gezeigt worden, der überall begünstigten Vereinfachung wegen, die Cumulation der Nichtigkeitsbeschwerde mit ordentlichen Rechtsmitteln sogar ausdrücklich vorgeschrieben.

Die Praxis, welche überall das Einfache und Zweckmäßige besonders in Schutz nimmt, wird daher der gedachten Cumulation um so weniger Hindernisse in den Weg legen, als jedenfalls gegen ein und dasselbe Urtheil verschiedenerlei Beschwerden aufgestellt werden dürfen.

Das bisher Zusammengestoppelte producirt sich nicht als ein vollständiges, unbestreitbares System, sondern blos als ein schwacher Versuch, die abgehandelten Materien einer nähern Entwickelung entgegen zu führen. Ist einmal der erste Impuls gegeben, so wird durch den öffentlichen Austausch individueller Ansichten und gerichtlicher Entscheidungen bald Manches gelichtet werden, was vielleicht noch im Dunkeln liegt.

---

*) Erst kürzlich ist ein Urtheil zur diesseitigen Kenntniß gelangt, in welchem zwar eine Strafe diktirt, aber weder das Vergehen noch die Schuldigerklärung ausgedrückt war. D. E.

Digitized by Google

Möge es daher jedem, der sich für das badische Strafverfahren interessirt, gefällig sein, zur besseren Cultivirung desselben mitzuwirken, bis es den Bemühungen der Gesetzgebung gelingen wird, den Anforderungen der Zeit möglichst zu entsprechen. Bayer.

II.

Hofgericht des See-Kreises und Obergerichte.

I. Ist die Gegenwart aller Testaments-Zeugen bei dem ganzen Akte eines öffentlichen letzten Willens nothwendig?

II. Kann durch die Testaments-Zeugen der Beweis geliefert werden, daß nicht alle Zeugen während dem ganzen Akte der Testamentserrichtung gegenwärtig gewesen seien?

III. Kann ein öffentlicher letzter Wille, welcher als Testament nichtig ist, doch als ein in Staatsschreiberei-Urkunde erklärter Widerruf eines früheren Testaments gelten?

Alle diese Fragen sind bekanntlich in unserer Wissenschaft noch sehr bestritten, und ist auch bisher durch die Praxis noch keine Vereinbarung zu Stande gekommen.

In dem nachfolgenden Rechtsfalle hat das Hofgericht des See-Kreises die erste und zweite Frage bejaht und die dritte verneint.

Bei dem Oberhofgerichte ist nur die dritte Frage zu Sprache gekommen, welche von demselben gleichfalls verneinend entschieden wurde.

Die ledige Cäzilia Stern von Dauchingen nämlich hat zuerst am 14. Nov. 1835, sodann am 7. Dezember desselben Jahres ein öffentliches Testament errichtet. — Auf Ableben derselben haben die im letzten Testamente übergangenen Intestaterben gegen die Testamentserben eine Klage auf Nichtigkeitserklärung des letzten Testaments erhoben, die darauf gestützt ist, daß bei dem Testamente vom 7. Dezember 1835 nicht alle Zeugen während dem ganzen Akte der Testamentserrichtung gegenwärtig gewesen seien, indem zwei, und einige Zeit lang sogar drei der Testamentszeugen bei der Niederschreibung durch den Theilungskommissär sich entfernt hätten, und daß in diesem öffentlichen Testamente die Beurkundung enthalten sei, es sollen alle von der Testirerin früher verfaßten Testamente widerrufen sein, daß daher durch das, wenn gleich nichtige Testament vom 7. Dezember 1835 alle früheren letztwilligen Verfügungen, somit auch die vom 14. Nov. 1835 widerrufen seien, und demgemäß die Intestat-Erbfolge einzutreten habe.

Auf den Grund dessen wurde gebeten, den unterm 7. Dez. 1835 errichteten öffentlichen letzten Willen der Cäzilia Stern als nichtig zu erklären und den Eintritt der Intestat-Erbfolge auszusprechen.

Der Unterrichter hat diesem Begehren unbedingt statt gegeben, durch Urtheil des Hofgerichts des See-Kreises vom 16. Juni 1837 Nr. 3610 wurde aber erkannt:

„Der Bescheid des Amtes Villingen vom 16. Juli 1836 des Inhaltes:

Es sei das Testament der Cäzilia Stern von Dauchingen vom 7. Dez. v. J. für nichtig zu erklären; es habe die Intestat-Erbfolge einzutreten, und es seien die Beklagten in die veranlaßten Kosten zu verfällen;

sei, insofern das Testament der Cäzilia Stern vom 7. Dez. 1835 für nichtig erklärt ist, zu bestätigen, im Uebrigen aber dahin abzuändern, daß die Klägee mit dem Begehren zu erkennen, daß in Ansehung der Erbmasse die Intestat-Erbfolge einzutreten habe, noch zur Zeit abzuweisen, und die Kosten beider Rechtszüge zu kompensiren seien."

Die Urtheilsgründe so klaren als bündigen Entscheidungsgründe lauten:

1) Der erste Theil des Klagbegehrens, den unterm 7. Dez. 1835 errichteten öffentlichen letzten Willen der Cäzilia Stern als nichtig zu erklären, beruht auf der Behauptung, daß nicht alle Zeugen während dem ganzen Acte der Testamentserrichtung gegenwärtig gewesen seien, indem zwei, und eine kurze Zeit lang sogar drei der Testaments-Zeugen bei der Niederschreibung desselben durch den Theilungskommissär sich entfernt hätten.

2) Diese Thatsache ist durch den in erster Instanz geführten Zeugenbeweis hergestellt, der, weil die Kläger sich darüber schriftlichen Beweis nicht verschaffen konnten, nach Landrechtsatz 1348 zulässig ist, und der Zulässigkeit auch nicht der Landrechtsatz 1341 entgegensteht, weil die Thatsache des Niederschreibens in Gegenwart der Zeugen im Testamente nicht beurkundet ist *).

Ueberdies wird diese Thatsache in der Appellationsbeschwerdeschrift zugestanden.

3) Es handelt sich demnach um die Frage, ob die Gegenwart der Zeugen auch beim Niederschreiben des letzten Willens gesetzlich nothwendig sei, ob somit der ganze Akt der Testamentserrichtung in Gegenwart der Zeugen vorgenommen werden müsse. Der Landrechtsatz 972 enthält zwar nur die Vorschrift, daß das von dem Staatsschreiber niedergeschriebene Testament dem Erblasser in Gegenwart der Zeugen vorgelesen werden solle, er bestimmt nicht, daß auch schon bei dem Vorsprechen und Niederschreiben der letztwilligen Verfügungen die Zeugen zugezogen werden sollen. Allein die Nothwendigkeit der Zeugengegenwart bei diesen Handlungen ergibt sich theils aus dem Wortlaute des Landrechtsatzes 971, theils aus dem Zwecke des Gesetzes.—

Aus dem Wortlaute des Gesetzes, weil dasselbe, indem es die Kennzeichen eines öffentlichen Willens festsetzt, nur dasjenige Testament als ein öffentliches angesehen wissen will, welches von zwei Staatsschreibern in Gegenwart von zwei Zeugen, oder von einem Staatsschreiber mit vier Zeugen aufgenommen wird, welches Wort „aufnehmen" unzweifelhaft das Aussprechen des letzten Willens durch den Erblasser und das Niederschreiben dieser Erklärung oder die Verfassung des Testaments umfaßt; der Zweck

*) Darnach wäre die oben unter Nr. 2 aufgestellte Frage nur unter der Voraussetzung zu bejahen, daß in der Urkunde darüber, ob alle Zeugen während der ganzen Testamenterrichtung zugegen waren, nichts gesagt ist. Im entgegengesetzten Falle wäre der Zeugenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde wohl leicht zulässig, so lange es sich dabei nicht um einen Betrug oder um ein anderes Vergehen (S 1348, Nr. 1) handelte. D. Red.

Digitized by Google

des Gesetzes ist die Gewißheit, daß bei Verfassung des letzten Willens weder Gewalt, noch Ueberlistung, noch Irrthum stattgefunden habe. Diese Gewißheit kann nicht verkürzt werden, wenn wie im gegebenen Falle zwei und auch auf kurze Zeit drei Zeugen, welche nicht blos Solemnitäts-Zeugen, sondern zugleich Beweis-Zeugen sind, während des Niederschreibens der letzten Willens-Urkunde abwesend waren. —

Unter diesen Umständen, wo die gesetzlich erforderliche Gegenwart der Zeugen bei dem ganzen Akte der Testamentserrichtung mangelt, kann die Prüfung der in dieser Instanz geltend gemachten weiteren formellen Gebrechen umgangen werden. —

4) Der zweite Theil des Klagbegehrens, zu erkennen, daß die Intestat-Erbfolge einzutreten habe, ist auf die Behauptung gestützt, daß in dem fraglichen Testamente die gültige Beurkundung des Staatsscheeibers enthalten sei, daß alle von der Testirerin früher verfaßten Testamente widerrufen sein sollen, wodurch die Erbschaft ledig geworden sei. — Dieses Begehren kann gegen die dermaligen Beklagten geltend gemacht werden, weil sie sämmtlich in dem frühern Testamente als Erben und resp. Vermächtnißnehmer eingesetzt sind. — Die Beantwortung der Frage, ob im Falle der Ungültigkeit des Testamentes der darin enthaltene Widereuf dee früheren letztwilligen Verfügung als fortbestehend anzusehen sei, ergibt sich aus dem Landrechtsatz 1037, wornach ein widerrufenee letzter Wille ungültig bleibt, sobald die Widerrufungsurkunde gültig ist, es ist somit die Rechtsbeständigkeit des Widerrufs eines früheren letzten Willens duech die formelle Gültigkeit des späteen Testaments, worin der Widerruf geschah, selbst bedingt. Ist das Letztere, wie es bei dem widerrufenden Testamente der Fall ist, ungültig, so kann auch der Widerruf keine eechtliche Wirkung hervorbringen, indem ein wegen formellen Mängeln nichtiges Testament geeade so betrachtet weeden muß, als wie wenn es nie vorhanden gewesen wäre, und es kann nicht theilweise eine Wiekung haben und theilweise wirkungslos sein. Daeaus folgt, daß durch das nichtige Testament die letztwillige Veefügung dee Cäzilia Stern vom 14. Nov. 1835 nicht als widerrufen angesehen werden, und somit auch das Begehren, die Erbmasse nach den Regeln der Intestat-Erbfolge zu vertheilen, zur Zeit nicht stattfinden kaan. —

5) Daß die Intestat-Erbfolge aber aus dem weitern Grunde eintreten müsse, weil auch das Testament vom 14. Nov. 1835 wegen formellen Fehlern nichtig sei, wird erst in der Appellations-Vernehmlassung von den Klägeen behauptet, ist folglich ein neuer Klagegrund, welcher nach § 344 und 1221 Nr. 3 der Prozeßordnung von dem Oberrichter nicht berücksichtiget werden kann. —

Auf diesen Gründen, und in Ansehung des Kostenpunkts auf §. 170 der Prozeßordnung, beruht das gegebene Urtheil.

Das Oberhofgeeicht hat das hofgerichtliche Erkenntniß durch Urtheil vom 14. Mai 1839 Nr. 1839 I. Senat, bestätiget, und zwar aus folgenden Motiven:

Nachdem das hofgerichtliche Urtheil, insofren solches das vorliegende Testament für nichtig erklärt hat, in Rechtskraft erwachsen ist, so hängt die Entscheidung des nachbestehenden Streites darüber, ob die Verlassenschaft ohne Rücksicht auf ein vorliegendes früheres zum Vortheile der Beklagten errichtetes Testament nach Maßgabe der Intestat-Erbfolge unter die Kläger zu vertheilen sei, von der Rechtsfrage ab:

„ob ein früheres Testament durch ein späteres aufgehoben werde, welches zwar als Testament nichtig ist, aber die Widereufsklausel enthält und die Erfordernisse einer Notariats-Urkunde hat?“

Diese Frage wird zwar von mehreren Rechtslehrern aus dem Grunde bejaht, weil bei der ersten im französlschen Staatsrathe stattgehabten Beeathung des Art. 1035 deeselbe darüber einig wae, daß eine Bestimmung in den Artikel aufgenommen werden solle, welche den Grundsatz ausspreche, daß ein seiner Form nach ungültiges Testament dennoch in Bezug auf die in demselben enthaltene revocatorische Klausel wirksam sei. Allein dieser Beschluß des Staatsrathes hat in den spätrr stattgehabten Berathungen eine demselben entsprechende Bestimmung des Gesetzes nicht zur Folge gehabt, im Gegentheil wurde bei den Berathungen des Tribunals der Grundsatz geltend gemacht, daß das spätere Testament, nur so fern es formgültig sei, den Widerruf des frühern bewirke, und im Art. 1037 ist nur bestimmt, daß die Widereufsklausel eines spätern Testaments auch dann ihre Wiekung habe, wenn dieses Testament wegen Unfähigkeit oder Annahmsveeweigeeung dee darin Berufenen nicht zum Vollzug komme, woraus vermöge des Grundsatzes unius positio est alterius negatio folgt, daß einem Testamente, welches nicht blos hinsichtlich dee darin enthaltenen Vermächtnisse unwirksam sondern seiner Form nach nichtig ist, die gleiche Wirkung nicht beigelegt werden wollte.

Es könnte nun zwar scheinen, daß die Frage nach dem badischen Landrecht andrrs zu entscheiden sei, weil dieses in der Fassung des Artikels 1037 vom Urtexte abweicht, weil diese Abweichung nach Brauers Erläuterungen zu diesem Artikel nicht unbeabsichtigt wae, und weil der gedachte Redakteur unseees Gesetzbuches in der Eeläuterung des Art. 1035 sich unbedingt für die Ansicht erklärt, daß ein Widerruf in einem nichtigen Testamente wirksam sei, sobald dieses Testament noch als Notariatsurkunde bestehe.

Inzwischen war letzteres eine Privatansicht Brauers, welche so wenig als der eben berührte Beschluß des französischen Staatsrathes eine ihr entsprechende Fassung des Gesetzes zur Folge hatte, denn auch die Abweichung des Landrechtsatzes 1037 wae, wenn gleich nicht unbeabsichtigt dennoch keineswegs zu dem Zwecke gemacht, der Brauer'schen Ansicht über die Auslegung des Art. 1035 Wirkung zu verschaffen, vielmehr sollte damit blos dee auch nach dem französischen Text unbestreitbaee Satz außer Zweifel gestellt werden.

Daß nur eine gültige Widereufsurkunde ein früheres Testament aufhebe, — ein Satz welchrr an und für sich völlig unentschiedrn läßt, ob ein nichtiges Testament eine gültige Widerrufsurkunde sei oder nicht. —

Da nun Kläger für die Begründung ihres Antrages auf Theilung nach der Intestaterbfolge nichts weiter als den im nichtigen Testamente erhaltenen Widerruf gegen das frühere Testament angeführt haben, so sind sie durch das diese Klage zur Zeit abweisende hofgerichtliche Urtheil nicht beschweet.

Haager.

Druckfehler: In Nr. 82, S. 215 erste Spalte von unten in der 5. Linie statt „in so weit“ lies „nie so weit“.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 28. August 1841.

I.

Ueber die Anhangs-Sätze 92. a. e. und a. f. des bad. Handelsrechts.

Die Verschiedenartigkeit der Ansichten über die Anhangssätze 92. a. e. und a. f. bestimmen mich zu der Beleuchtung:

I. Des Sinnes.

II. Des Grund und Zweckes.

III. Der analogen Anwendung dieser Gesetze auf Käufe und Verkäufe.

I. Im Anhangssatz 92. a. e. heißt es:

Ein Besteller, der über Nichterfüllung seiner gesetzten Bedingungen klagen, mithin die Waaren nach dem Einkaufsverzeichniß (factura) nicht annehmen will, muß den Kaufbesorger längst in 8 Tagen nach Empfang des Einkaufsverzeichnisses in Kenntniß setzen, und indessen wegen der Waare sich nach dem Zusatz 92. a. c. richten.

92. a. f. Das nämliche soll Derjenige thun, welcher glaubt, über die Beschaffenheit der Waare klagen zu können, doch hat dieser von Ankunft der Waare an, 14 Tage Zeit dazu, muß aber ein Zeugniß zweier unbefangener Kaufleute oder Sachverständigen über den Erfund der Waare anlegen.

Die Sätze 92. a. e. und a. f. beziehen sich daher

1) auf das Rechtsverhältniß eines Kaufbestellers zu einem Kaufbesorger.

2) Sie setzen Differenzen voraus, die zwischen diesen beiden über den Einkaufspreis, oder die Beschaffenheit der für Rechnung des Bestellers eingekauften Waaren entstehen können.

3) Bei dem Anstand über den Einkaufspreis †) soll das Klagrecht des Bestellers und seine Befugniß die Annahme zu verweigern, bedingt sein durch eine Benachrichtigung des Besorgers binnen 8 Tagen vom Empfang der factura — und beim Streit über die Beschaffenheit durch eine Benachrichtigung binnen 14 Tagen vom Empfang der Waaren unter Anlage eines Erfundszeugnisses von zwei Sachverständigen Leuten.

4) Nach dem gemeinen Recht stehen dem Kaufbesteller zwei Klagen zu:

a) Die Mandatsklage, auf Erfüllung des Auftrages, welche mit der Entschädigungsklage wegen nicht rechtzeitig erfüllten Verteags cummuliret werden kann.

b) Die Auflösungs- und Entschädigungsklage wegen nicht erfülltem Mandat.

5) Während dem das Klagrecht des Bestellers durch die Beobachtung der Cautelen der Anhangssätze 92. a. e. und a. f. bedingt ist, wird hiedurch der Klagerhebung eine 8- oder 14tägige Verjährungszeit nicht vorberaumt, und kann daher, wenn einmal die Vorschriften der beiden Anhangssätze befolgt sind, die Klage immerhin im Laufe der gemeinrechtlichen Verjährungsfrist *) erhoben werden.

6) Dem steht die Brauersche Erläuterung zum Landrechtsatz 1648 nicht entgegen, welche die der redhibitorischen Klage vorgeschriebene kurze Verjährungsfrist unter gewissen Voraussetzungen auf 14 Tage bestimmt wissen will; denn abgesehen davon, daß diese Erläuterung kein Gesetz ist, so sagt sie nur so viel, daß die redhibitorische Klage in der nämlichen Frist erhoben werden müsse, binnen welcher ein Besteller den Kaufbesorger von der üblen Beschaffenheit der empfangenen Waare zu avisiren hat; die Erläuterung sagt aber nicht, daß auch der Besteller die ihm zuständigen Klagen in der nämlichen Frist anzustellen habe.

---

†) Nicht nur Anstände gegen den Einkaufspreis, sondern auch Anstände wegen anderer (z. B. hinsichtlich der Lieferungszeit ꝛc.) gesetzten Bedingungen, jene wegen Beschaffenheit der Waare ausgenommen, fallen unter die Bestimmung des S. 92. a. e. D. Red.

*) Innerhalb der Verjährungsfrist, welche nach S. 1648 einzutreten hat. Die Bestimmungen des Landrechts gelten auch für Handelsgeschäfte, soweit das Handelsrecht nichts Singuläres verordnet. Die weiteren Cautelen, welche die S. 92. a. e. u. a. f. in Bezug auf vorläufige Benachrichtigung und Bescheinigung durch Sachverständige für Handelssachen verschreiben, können daher die Anwendung des für die Klagerhebung geltenden Landrechtsatz 1648 nicht ausschließen. D. Red.

Digitized by Google

7) Ob der Committent die ihm gegen eine vom Commissionair erhoben werdende Erfüllungsklage etwa zuständige Widersprüche und Einreden nicht auch durch die Cautelen der Anhangsätze 92. a. e. und a. f. bewahren müsse, ist in diesen Gesetzen selbst nicht ausgesprochen, die Frage wird aber bejahet werden müssen, weil der Grund und Zweck dieser Gesetze nicht minder auf die Widersprüche und Einreden, als auf die obgedachte Klage bezüglich ist.

II. Der Grund und Zweck der Anhangsätze 92. a. e. und a. f. ist aus der Natur und Wesenheit der Commission erkennbar. Diese ist ein Auftrag (Anhangsatz 92.) welcher von dem gemeinrechtlichen Charakter des Auftragsvertrages dadurch abweicht, daß der Commissionair, obgleich auf Rechnung des Committenten, jedoch in eigenem Namen mit einem Dritten abschließt (Anhangsatz 91); zu diesem Dritten kömmt er hiedurch in das Verhältniß eines Käufers zum Verkäufer, während dem er zum Committenten im Verhältniß eines Mandatars zu einem Mandanten stehen bleibt. Der dritte als Verkäufer kömmt daher zu dem Committenten in keine Rechtsberührung, wie dieses beim gewöhnlichen Mandat der Fall ist.

Bei dieser gedoppelten Stellung des Commissionairs wird die Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit abhängig von der Art, wie der Verkäufer seine Verbindlichkeit gegen ihn erfüllt. Dem Commissionar selbst kömmt die Waare oft gar nicht zu Gesicht, häufig wird sie brieflich gekauft, oder durch weitere Unterhändler und unmittelbar vom Verkäufer auf Anweisung an den Committenten abgeliefert. Unter diesen Umständen muß der Commissionair wissen, ob der Committent zufrieden sei, um zu wissen, ob der Verkäufer seine Verbindlichkeit gegen ihn erfüllt habe, und dieses muß er schleunig wissen, um nöthigenfalls geeignete Schritte gegen den Verkäufer zu thun, welche unter Umständen sehr dringend und unverschieblich sein können, wie z. B. wenn er wegen entdeckter verborgener Fehler genöthigt wäre, die an kurze Verjährungsfrist gebundene redhibitorische Klage gegen den Verkäufer zu erheben. Diese durch Billigkeit gebotene Rechtssicherung des Commissionairs gegen seinen Verkäufer ist der Grund der in den Anhangsätzen 92. a. e. und a. f. verordneten schleunigen avis, und Anlag des Befundszeugnisses, welches dem Commissionair gegen den Verkäufer als Bescheinigung dienen soll.

III. Dahingegen können die Anhangsätze 92. a. e. und a. f. auf das Rechtsverhältniß des Käufers zum Verkäufer nicht bezogen werden, denn:

1) sind diese Gesetze ihrem Wortlaut nach nur für die Kaufbesorgung gegeben, kommen im Handelsrecht nur unter diesem Kapitel vor, und überall nicht in der Lehre vom Kauf, weder im Landrecht, noch im Handelsrecht *).

2) Ueber den Kauf selbst kömmt im Handelsrecht nur eine einzige Bestimmung, nur der Satz 109 vor, welcher nur von den Beweismitteln des Kaufes spricht, in allen übrigen Rücksichten ist daher durch das Handelsrecht an der gemeinrechtlichen Theorie des Kaufes nichts geändert.

3) Dies sagt auch Beauer in seiner Erläuterung zu Satz 109 mit den Worten:

> Kaufgeschäfte haben im Handel vor jenen im gemeinen Leben keine Eigenheiten voraus, geben daher dem Handelsrecht auch keinen Stoff zu Verfügungen, außer über die Beurkundungen.

In einer vernünftigen Consequenz dieser ganz richtigen Aufstellung konnte daher Beauer durch die Einschaltung der von ihm selbst verfaßten Anhangsätze 92. a. e. und a. f. ins Handelsrecht unmöglich dem Käufer besondere dem gemeinen Recht ganz fremde Verbindlichkeiten auflegen wollen, und daher die Anwendung dieser Anhangsätze auf Käufe und Verkäufe unmöglich in der Absicht der Gesetzgebung liegen, welche immerhin nur der Kaufbesorgung als einer dem Handelsrecht eigenthümlichen Institution angehören sollen.

4) Eine analoge Beziehung des Gesetzes kann nur dort statthaben, wo der Zweck und Grund des Gesetzes anschlägt, auf Käufe und Verkäufe paßt aber der Grund und Zweck unserer befraglichen Anhangsätze nicht.

Bei der Commission wird vorausgesetzt, daß der Commissionair die Waaren erst in Gefolge erhaltenen Auftrages von einem Dritten gekauft habe, und wenn auch nach Satz 92. a. a. der Commissionair die Waare aus eigenem Vorrath entnehmen kann, so ist dies nur eine Ausnahme von der durch den Begriff der Commission gegebenen Regel. Zu seiner Rechtswahrung gegen diesen Dritten sollen ihm, wie oben gesagt, die schleunige avise und das Beschaffenheitszeugniß eingehändigt werden; bei dem Kauf hingegen liegt die Anschaffung der Waare von Seiten des Verkäufers außer der Wesenheit und dem Begriff des Rechtsgeschäftes, sohin außer dem perspectiv des Gesetzes und dem Bereich seines Grundes.

5) Insbesondere ist der Anhangsatz 92. a. e., in so fern er Differenzen über den Einkaufspreis unterstellt, einer Anwendung auf den Kauf nicht empfänglich.

Die Commission ist perfekt, sobald der eine in Gefolge erhaltenen Auftrags die Verbindlichkeit übernommen hat, die bestellte Waare zu einem limitirten Preis in eigenem Namen für einen Andern zu kaufen.

---

*) Für den Kauf muß übrigens, wie schon oben bemerkt, jedenfalls der Landrechtssatz 1648 zur Anwendung kommen.
D. Red.

Digitized by Google

Der Kauf ist perfekt, sobald der eine die Verbindlichkeit übernommen hat, dem Andern das Eigenthum eines bestimmten Gegenstandes gegen Zahlung eines bestimmten Preises zu überlassen.

Verweigert nun der Committent des Einkaufspreises wegen, die Annahme der Waare, so kann es nur darum geschehen, weil der Kaufbesorger durch Zahlung zu hoher Einkaufspreise die Auftragsgränzen überschritten, und also denselben nicht erfüllt hat; immerhin war aber der Vertrag perfekt, er kann also sein Klag- und Einsprachsrecht gegen die Wirkungen desselben nur durch die Cautel des Satzes 92 a e schützen.

Will dagegen der als Käufer in Anspruch genommene Adressat des Preises wegen die Waare nicht behalten, dann kann es nur darum geschehen, weil es an der Einigung über den Preis fehlt. Unter dieser Voraussetzung besteht aber kein perfekter Kauf, also auch keine Verbindlichkeit des Empfängers, die Waare zu was immer für einem Preis zu behalten, und er kann nicht nöthig haben, sich gegen eine nie bestandene Verbindlichkeit durch irgend eine Cautel zu verwahren.

6) Was insbesondere die Bestimmung des Anhangssatzes a f betrifft, daß der Committent, wenn er die Annahme der Beschaffenheit wegen verweigert, dem Commissionär ein Erfundszeugniß zusenden müsse, so läßt sich beim Kauf für diese Maßregeln ein vernünftiger Grund nicht denken; dem Kaufbesorger kann allerdings eine solche Bescheinigung zum prozeßrechtlichen Gebrauch allenfalls zur Erwirkung eines Arrestes, oder Provisoriums bei dem Rückgriff auf seinen Verkäufer förderlich sein, aber wozu soll es dem Verkäufer dienen, in seiner Stellung gegen den Käufer? spricht das Zeugniß für die gute Beschaffenheit, so wird der Käufer weder Lust noch Anlaß haben, es dem Verkäufer zu übersenden; beurkundet es aber die Fehlerhaftigkeit der Waare, dann wird sich der Käufer zu seinem Vortheil nicht auf dasselbe berufen können.

7) Es läßt sich auch nur ein einziger Fall denken, in welchem es beim Streit über einen Kauf auf die absolute Beschaffenheit der Waare, das ist, auf ihre sinnlich erkennbaren Merkmale, — und also auf ein Befundszeugniß hierüber auch nur ankommen könnte. Dieser Fall tritt dann ein, wenn auf Entdeckung verborgener Mängel die redhibitorische Klage erhoben wird; für diese ist aber entweder ein eigenes Verfahren vorgeschrieben, wie bei den Viehmängeln, oder sie soll in der nämlichen 14tägigen Frist erhoben werden, binnen welcher nach S. 92 a f Avis mit Befundschein gegeben werden soll, aber durch die hiedurch veranlaßte gerichtliche Insinuation wird die außergerichtliche jedenfalls überflüssig; in allen andern Fällen ist das Zeugniß unpraktisch.

a) Bei dem Kauf eines concreten Gegenstandes, wenn z. B. der Mannheimer Handelsmann in Amsterdam eine ihm dort vor Augen gelegte Waare selbst gekauft hat, und sie hieher senden läßt, kann die verschlimmerte Beschaffenheit der übersendeten Waaren nur in dem Transport ihren Grund haben, die desfallsige Klage (actio depositi) kann alsdann nicht gegen den Verkäufer, sondern nur gegen den Spediteur oder Fuhrmann gerichtet sein, sohin das zu erhebende Befundszeugniß nicht den Kauf, sondern den Hinterlegungsvertrag berühren.

b) Ist auf Muster gekauft worden, ein Kauf unter der aufschiebenden Bedingung, daß eine nur der Gattung nach bestimmte Waare gerade so beschaffen sein müsse, wie eine andere concret bestimmte, die man Muster nennt, so kann es nicht auf die absolute, sondern nur auf die relative Beschaffenheit der gelieferten Waaren — nicht daraus ankommen, ob sie gut oder schlecht, sondern nur darauf, ob sie so beschaffen sei, wie das Muster. Diese Frage kann aber nur durch ein Gutachten, nicht durch ein Zeugniß, beantwortet werden, wie es S. 92 a f fordert, und ein Gutachten über die Mustermäßigkeit werden die einseitig außer gerichtlich vom Käufer aufgeforderten Sachverständigen ohnehin nicht abgeben können, weil es ihnen an einem zweifellos ächten Muster fehlen wird.

c) Beim Kauf auf Probe, einen Kauf unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Kaufgegenstand eine gewisse, erst durch die Erfahrung erkennbare Eigenschaft habe, wie z. B., daß die gekaufte Uhr 4 Wochen lang richtig gehe, kann es schon dem Begriff nach auf eine sinnliche Wahrnehmung äußerer Merkmale, und ein Zeugniß hierüber nicht ankommen, und die durch die Natur des Gegenstandes, oder durch besonderes Geding festgesetzte Probezeit, kann geräumiger sein, als die im S. 92 a f zur Uebersendung des Befundszeugnisses verordnete Frist.

Ohnerachtet dessen wurden bisher häufig in den Gerichten die Sätze 92, a. e. und a. f. auf den Kauf angewendet, selbst vom großherzoglichen Hofgericht des Unterrheinkreises, speziell in einem Rechtsstreit des Handelshauses Widemann & von Eicken zu Odenkirchen gegen das Handelshaus Samuel Daemstädter in Mannheim Forderung für Waaren betreffend. Der Entscheidungsgrund lautet so:

„Die Behauptung, daß die Anhangssätze 92, a. e. und a. f. keine Anwendung auf den Kauf finden können, widerlegt sich durch die Bestimmung des Anhangssatzes 92 *a. a.*, wornach alle diese Vorschriften a. a. und folgende auch dann zur Anwendung kommen müssen, wenn der Kaufbesorger die Waaren aus eigenem Vorrath ab-

Digitized by Google

gegeben, also als Verkäufer gehandelt hat, und also ein reiner Kauf vorliegt."

Die Basis dieses Argumentes ist diese: Der Commissionär werde durch die Entnehmung der Waare aus seinem eigenen Vorrath kraft Gesetzes Verkäufer; aber gegen diese Theorie erheben sich schwere Bedenklichkeiten. Der Satz 92 a. a. sagt wörtlich:

„Der Kaufbesorger ist nicht schuldig den Widerruf einer Bestellung anzunehmen, wenn er die Waare schon von andern eingekauft, oder aus seinem eigenen Vorrath wirklich abgegeben, verpackt, und zu Buch getragen hat.

Hiemit ist:

a) einmal nur der Landrechtsatz 2009 bestätiget, daß der Gewaltgeber die vom Gewalthaber Auftrags gemäß eingegangene Verbindlichkeit erfüllen müsse.

b) Noch die besondere Bestimmung beigefügt, daß die Abgabe aus eigenem Vorrath dem Widerruf gegenüber gleiche Wirkung haben soll, wie der Einkauf.

Demnach sucht man:

1) vergebens in dem Wortlaute dieses Gesetzes die Bestimmung, daß durch die Abgabe aus eigenem Vorrath der Commissionär aus seiner vertragsmäßigen Stellung in jene eines Verkäufers übergesetzt sein soll.

2) Es läßt sich auch nicht dieses, sondern umgekehrt gerade das Gegentheil aus der Fassung des Gesetzes schließen, denn indem gesagt wird, die Entnehmung aus dem eigenen soll gleiche Wirkung haben mit dem geschehenen Einkauf, ist ja mit klaren Worten gesagt, die Entnehmung aus dem eigenen soll gerade so wie der Einkauf als der Vollzug eines Auftrags zu betrachten sein, also nicht als der Vollzug eines Kaufs.

3) Der A gibt dem B den Auftrag, ein Quantum guten Rappsöls für ihn zu kaufen, um einen limitirten Preis, B schickt es ihm aus eigenem Vorrath, der A aber will es nicht annehmen. Ist nun B durch die Abgabe des Oels aus eigenem Vorrath Verkäufer geworden, dann werden gerade darum die Sätze 92, a. c. und a. f. keine Anwendung mehr auf das neue Rechtsverhältniß finden können; denn nach Landrechtsatz 1587 ist bei Wein, Oel und andern Sachen, die man vor dem Kauf zu kosten oder zu prüfen pflegt (hiezu gehören alle nicht concret oder nach Muster gekaufte Gegenstände), der Kauf nicht geschlossen, ehe der Käufer geprüft und genehmiget hat. Der zum Käufer gemachte Committent kann daher jetzt wegen noch nicht perfektem Kauf die Annahme ohne allen Grund versagen, und daher nicht nöthig haben, sein Recht durch die Cautelen der Anhangssätze 92. a. c. und a. f. zu schützen; die Deutung, die man dem Anhangssatz 92 a. a. geben will, bringt ihn daher mit Landrechtsatz 1587 in Widerspruch.

4) In dem Augenblick, wo der Kaufbesorger die bestellten Waaren auf Rechnung des Committenten gekauft hat, wird letzterer Eigenthümer und trägt die Gefahr, hat nun die Entnehmung aus dem eigenen gleiche Wirkung mit dem Einkauf, so geht Eigenthum und Gefahr in dem nämlichen Augenblick auf den Committenten über, wofür ihn der Commissionär die aus eigenem Vorrath entnommenen Waaren verladen und gebucht hat. Wäre nun aber der Commissionär durch diese Entnehmung aus eigenem Vorrath Verkäufer geworden, so wäre Eigenthum und Gefahr bis zur wirklichen Ueberlieferung bei ihm geblieben, Satz 1585; und so bringt die Auslegung, die man dem Anhangssatz 92. a. a. geben will, denselben mit sich selbst in Widerspruch.

5) Die Annahme des Auftrags zum Einkauf trägt immerhin die stillschweigende Bedingung in sich, daß der Beauftragte die Waaren und einen Verkäufer finde, der dieselbe zu dem aufgegebenen Preis ablöst, andernfalls ist seine Verbindlichkeit erloschen, Satz 1172 und 1234. Beim Verkauf ist dieses ganz gleichgültig, und der Verkäufer muß, wenn er die Waare nicht selbst besitzt oder aufbringen kann, auch in höherer Gewalt kein Entschuldigungsgrund findet, den Käufer entschädigen. Wenn nun aber auf den Grund des Satzes 92. a. a. die Gesetzgebung für die Kommission, deren Prinzip der Anhangssatz 92 ist, auf den Kauf angewendet werden dürfte, so wäre der Verkäufer bei steigendem Preis seiner Verbindlichkeit enthoben, und hiedurch käme der Satz 92. a. a. mit S. 1603 im Widerspruch.

6) Schon im Allgemeinen müssen Gesetze immerhin so ausgelegt werden, wie sie mit den allgemeinen Prinzipien der Rechtslehre und Gerechtigkeit zusammen bestehen können, hievon würde aber der Satz 92. a. a. stark abweichen, wenn er es dem Kommissionär überließe, nach eigenem Belieben aus dem Verhältniß eines Bevollmächtigten in jenes eines Verkäufers über zu treten, und ein doppeltseitiges Vertragsgeschäft einseitig zu noviren. Also bringt die Auslegung, die man dem S. 92. a. a. geben will, dieses Gesetz in den allgemeinen Grundsätzen der Rechtslehre in Widerspruch.

Obiges Argument stellt sich in Schlußform so dar:

Der Satz 92. a. a. erkläret es für einen Verkauf, wenn der Kommissionär die Waare aus eigenem Vorrath abgibt. Ergo ist die Gesetzgebung für die Kommission, somit auch die Sätze a. c. und a. f. im Allgemeinen auf Käufe und Verkäufe anwendbar.

Wäre nun auch die Prämisse juristisch richtig, so bliebe doch immerhin der Schluß logisch falsch; denn:

1) wenn der Kommissionär durch die Abgabe aus eigenem Vorrath Verkäufer wird, so kann hieraus nur so viel folgen, daß er nicht mehr als Kommissionär, sondern als Verkäufer gesetzlich müsse beurtheilt werden.

Digitized by Google

2) Ein anderes wäre es, wenn der aufgestellten Prämisse, daß der Kommissionär Verkäufer wird, als oberste Prämisse (Major) der allgemeine Satz vorgesetzt wäre, daß alle Käufe wie Kommissionen müßten beurtheilt werden, aber das ist ja hier gerade id, quod demonstrandum est und bildet daher den Schlußsatz.

3) Dagegen fehlt es an einem Obersatz, also an der Möglichkeit einer Subsumtion als nothwendige Bedingung einer logischen Ableitung.

4) Ist der Schluß zu weit, weil von dem Besondern auf's Allgemeine geschlossen wird, denn wenn auch die Gesetzgebung für die Kommission auf einen durch Novation aus der Kommission entstandenen Verkauf nach gesetzlicher Bestimmung Anwendung finden sollte, so ließe sich doch die Anwendbarkeit dieser Gesetze für alle Käufe hieraus nicht ableiten. Der Schluß ist demnach fehlerhaft, so fehlerhaft, wie der Schluß:

> Ein Kind wird durch die Erreichung eines gewissen Alters ein Mann, und der Mensch kann durch eine Krankheit den Verstand verlieren, Ergo müssen die Männer gerichtlich beurtheilt werden wie die Kinder, und die verständigen Leute wie die Narren.

Molitor.

II.

Landrechtsatz 499. Prozeßordnung §. 1175 Nr. 4. §. 1177.

Gegen einen nach Maßgabe des Landrechtsatzes 499 Verbeistandeten wurde eine Forderung für Verköstigung und Fuhrlohn eingeklagt, welche auf einem von dem halbentmündigten, ohne Beistand getroffenen Uebereinkommen beruhte; nachdem der Beklagte, jedoch erst in zweiter Instanz, die Thatsache, daß er nach Landrechtsatz 499 verbeistandet sei, vorbrachte, wurde der Kläger durch hofgerichtliches Urtheil abgewiesen, weil, wie es in den Entscheidungsgründen wörtlich heißt:

> „dieses Uebereinkommen unter den Satz 499, und zwar unter den Begriff des Rechtens falle, d. h. belastete Rechtsgeschäfte eingehen, die nicht zur Verwaltung des Vermögens gehören."

I. Diese Entscheidung steht mit dem allgemeinen und dem juristischen Sprachgebrauche im Widerspruche, wonach das Wort „rechten" etwas ganz Anderes, nämlich „vor Gericht stehen, Prozeß führen" bedeutet, welche Ansicht auch nach dem Wortbegriffe die richtigere und mit dem Sinne und dem übrigen Inhalte des Landrechtsatzes 499 allein vereinbarlich ist. Denn:

a) Wenn unter dem Ausdrucke „rechten" die Eingehung eines jeden Rechtsgeschäfts zu verstehen wäre, so stünde der nach Satz 499 Verbeistandete — von einer Beschränkung auf die zur Vermögensverwaltung nicht gehörigen Rechtsgeschäfte enthält dieser Satz nichts — dem völlig Entmündigten ganz gleich, oder gar noch nach.

b) Es ließe sich nicht einsehen, wie neben diesem allgemeinen, alle Rechtshandlungen einschließenden Ausdrücke — logisch — noch einzelne wenige Rechtsgeschäfte besonders aufgezählt werden konnten, die doch unzweifelhaft unter diesem allgemeinen Ausdeuck von selbst sich verstünden.

c) Endlich wäre gerade die Handlung, welche der allgemeinen Ansicht nach mit dem Ausdruck „rechten" bezeichnet werden sollte, nämlich vor Gericht stehen, unter den Fällen, wo die Beiwirkung des Beistandes nöthig ist, nicht enthalten, da gerade dies im Rechtsgeschäft im wissenschaftlichen Sinne nicht genannt werden kann, und auch nicht unter die Rechtsgeschäfte gerechnet zu werden pflegt; zur Führung eines Rechtsstreites bedürfte also der Verbeistandete eines Beistandes nicht!

II. Zweifelhafter dagegen ist die Beantwortung der Frage, ob sich gegen diese Entscheidung auf den Grund des §. 1175 Nr. 4 der Prozeßordnung, weil sie auf einen unwahren Rechtssatz gebaut sei, auch ohne Dasein der Appellationssumme appelliren ließe.

Der Ausdruck „rechten" in dem oben bezeichneten Sinne, ist so bestimmt und allgemein gebräuchlich, daß man nicht nöthig hat, zur Auslegung zu greifen. Ueberdies ist in dem französischen Texte das Woet *plaider* gebraucht, welches die ganz bestimmte Bedeutung von Prozeßführen hat, wie ein Blick in das erste beste französische Wörterbuch zeigt; in dem von Mozin z. B. ist dieses Wort umschrieben mit „défendre une cause en justice" und wieder gegeben mit dem deutschen Ausdrucke „rechten, vor Gericht streiten. —"*)

Man muß zugeben, daß mit dem Ausdrucke „unwahrer Rechtssatz" die zahllosen Fälle nicht gemeint sein können, wo der Richter ein Gesetz falsch auslegt, oder falsch anwendet, — hierdurch wäre in der That die Ausnahme fast zur Regel ohne Ausnahme gemacht! Was heißt nun aber ein unwahrer Rechtssatz? Etwa nur, wenn es in den Entscheidungsgründen z. B. hieße:

„In Erwägung, daß nach Landrechtsatz 1325 jede

*) Das Wort „plaider", welches den französischen Text gebraucht, und welches Brauer mit „rechten" übersetzte, wird von Biret in seinem vocabulaire des cinq codes dahin erklärt: „Contester judicialrement, defendre, demander, oposer. C'est plaider, lorsqu'on est en instance ou en procès etc." Ein außergerichtliches Verhandeln, oder Kontrahiren irgend einer Art kann also unter dem plaider oder Rechten jedenfalls nicht begriffen sein. D. Red.

Digitized by Google

Privaturkunde auf Postpapier geschrieben werden muß u. s. w."

oder:

„In Erwägung, daß der Landrechtsatz 340 jede Nachfrage, wer die Mutter eines Kindes sei, verbietet. —"

oder gar:

„In Erwägung, daß der Landrechtsatz 300 besagt u. s. w.?"

Wollte man nur solche Sätze als unwahre Rechtssätze gelten lassen, so dürfte wohl, im Gegensatze mit dem andern Extreme, anzunehmen sein, daß ein solcher Fall sich gar nie ereigne, die Vorsicht des Gesetzes dürfte eine überflüssige genannt werden.

Der §. 1175 Nr. 4 der Prozeßordnung sollte in dem Falle, wenn contra jus clarum in thesi entschieden würde, die frühere querela nullitatis ersetzen; diese Querel fand da statt, wo gegen ein deutliches Gesetz verstoßen wurde; man wird also auch jene Bestimmung der Prozeßordnung nicht blos auf solche kaum denkbare Verstöße, wie oben angeführt wurden, sondern auch auf solche Entscheidungen anwenden müssen, welche gegen einen bestimmten (Landrechtsatz 4. a.) Ausdruck des Gesetzes, welcher, um mit den Worten unseres Gesetzbuches zu reden, eine Auslegungsbedürftigkeit nicht herbeiführt, anstoßen.

Ein solcher Ausdruck scheint mir nun der im Landrechtsatz 499 gebrauchte „rechten" schon an und für sich dem darin liegenden Sinne und dem Sprachgebrauche nach, überdies aber verglichen mit dem französischen Worte „plaider" zu sein, und wenn nun der Richter sagt, dieser Ausdruck bedeute die Eingehung eines jeden Rechtsgeschäftes, so ist dies nicht eine falsche Auslegung, sondern eine unrichtige Definition, eine Verwechslung der Begriffe zu nennen, welche, von diesem einzelnen Worte auch abgesehen, im Allgemeinen zur Folge hat, daß hinsichtlich der Rechtsfähigkeit des Verbeistandeten etwas anderes zu Recht erkannt wird, als das Gesetz (Landrechtsatz 499 vergl. mit 489) ausdrücklich will.

So besagt o 2 C 7 64.

„Si cum inter te et aviam defuncti quæstio de successione esset, judex datus a præside provinciæ pronunciavit, *potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis testamentum facere, ac per hoc aviam patiorem esse*; sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est, et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit.

Ein anderes Beispiel einer Entscheidung contra jus clarum enthält l. 1 §. 2. D. 49. 8.

„— — si judex volenti se ex cura muneris vel tutelæ beneficio liberorum vel ætatis aut privilegii excusare, dixerit *neque filios, neque ætatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelæ excusationem prodesse* — —."

Unbestimmt bleibt übrigens der Begriff eines unwahren Rechtssatzes immer, weil sich auch darüber streiten läßt, ob ein Ausdruck deutlich, ob die Gesetzesstelle jus *clarum* sei; hierüber wird in dem einzelnen Falle das Gericht, an welches die Sache durch die Berufung gelangt, nach seinem Ermessen zu entscheiden haben.

III. In dem hier besprochenen Falle erging die erwähnte Entscheidung in zweiter Instanz, und zwar nachdem der Beklagte erst in dieser Instanz die Einrede, daß er nach Maßgabe des Landrechtssatzes 499 verbeistandet sei, als Novum vorgebracht hatte. Nach §. 1177 der Prozeßordnung wäre also in diesem Falle eine weitere Appellation formell nicht zulässig. Daß diese gesetzliche Bestimmung mit der ratio legis und mit den zu diesen Paragraphen von Weiler angegebenen Motiven im Widerspruche stehe, ist schon im Aufsatze II. Jahrgang 5. der Annalen Nr. 19 Seite 116 bemerkt worden.

Man könnte sich etwa damit helfen, daß man den Ausdruck „Oberappellation" nur mit Rücksicht auf einen und denselben Beschwerdegrund verstünde, so daß, wenn man wegen eines erst vom Hofgerichte ausgesprochenen unwahren Rechtssatzes an die dritte Instanz sich wendet, dies nicht eine Oberappellation, sondern eine Appellation in Bezug auf diesen Beschwerdegrund zu nennen wäre; allein dies kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben, da in demselben Paragraphen ein solcher Fall in Bezug auf Nr. 3 des §. 1175 als Ausnahme angeführt wird. Vergl. Annalen Jahrgang 1. Nr. 7 Seite 42. — (Weniger gewagt scheint mir jedoch diese Auslegung in dem Falle, wenn es sogar eine neue, in zweiter Instanz erst vorgetragene Thatsache ist, in Bezug auf welche der unwahre Rechtssatz ausgesprochen wurde.) — Immerhin zeigt die Praxis, z. B. gerade der hier besprochene Fall, daß auch ein Obergericht, ohne daß der Fehler schon vom Untergericht begangen worden wäre, oder in Bezug auf eine neue Thatsache, Grund zur Beschwerde in einem der durch den §. 1177 von der Appellation ausgeschlossenen Fälle des §. 1175 geben kann, der Zweck des Gesetzes wäre also nur höchst unvollkommen erfüllt, wenn dagegen bei fehlender Appellationssumme gar kein Rechtsmittel mehr denkbar wäre. In allen solchen Fällen könnten sich die Mittelgerichte ganz von unserm Gesetzbuche lossagen, nach einem

Digitized by Google

andern oder nach gar keinem erkennen, und es gäbe für die Parthien kein Rechtsmittel dagegen. Man wende nicht ein, daß dies bei dem höchsten Gerichtshofe ja auch vorkommen könne, daß man die Rechtsmittel folglich in in finitum zulassen müßte. Ich antwortete: In dritter Instanz sind die Rechtsgründe des Falles schon mehr besprochen und geprüft, und — was die Hauptsache ist, — in dritter Instanz werden keine neue Thatsachen zugelassen. Mit der unbeschränkten Zulässigkeit neuer Thatsachen in zweiter Instanz aber verträgt sich die jetzige Fassung des §. 1177 nicht. Nicht nur in dem Falle Nr. 4, sondern auch Nr. 2, 5 und 8 des §. 1175 hätte man so wie bei Nr 3 die Oberappellation zulassen sollen.

Möge auf diesen Mangel geeigneten Orts Rücksicht genommen werden!

A. Gutmann.

III.

Die Erwerbung des Meisterrechtes ist nicht bedingt durch die Erwerbung des Bürgerrechtes, sondern umgekehrt.

Es ist mir in praxi schon vielfach vorgekommen, daß einzelne Aemter des Unterrheinkreises Patenten um Meister-Annahme, die nicht zugleich auch über die bereits erfolgte ortsbürgerliche Aufnahme sich ausweisen konnten, bis dieses geschehen, geradezu zurückgewiesen, sofort dieses als nothwendige Bedingung füe jenes erkannt haben. In diesem Sinn ist denn auch ganz neuerlich wieder in einem öffentlichen Blatte *) unter dem Vorgeben, um hierdurch häufig vorkommende Unvollständigkeit bei Gesuchen um Meister-Annahme zu beseitigen, so wie um Zeit und Kosten zu ersparen, eine amtliche Instruction eeschienen, in welcher wörtlich Folgendes zue genauen Nachachtung anempfohlen wird.

> 2) Will aber Jemand im ledigen Stande Meistee weeden, so ist zugleich die Nachweisung nothwendig, daß er Bürger geworden, entweder veemöge des Anteitts eines angeboenen Büegeeechtes, odee duech Aufnahme u. s. w.

Es ist wirklich höchst sonderbar und auffallend, wie oft kinderleichte Dinge so ganz und gar mißveestanden werden, und das Mißverständniß nicht nur in einzelnen concreten Fällen als Wahrheit geltend gemacht, sondern noch in öffentliche allgemeine Belehrungen übertragen wird, die denn doch vorzugsweise das Resultat reiferee Ueberlegung seyn sollten.

Ein einziger Blick auf §. 10. Nr. 23 und §. 22. Nr. 1 des Gesetzes: über die Rechte dee Gemeinde-Bürger, und die Erwerbung des Bürgerrechtes muß doch wahelich, und selbst beim kleinsten Stumpschen Licht, geeadezu das Gegentheil lehren.

Ist doch nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesstellen die Erwerbung des Bürgerrechtes durch Geburt oder Aufnahme an den Besitz eines Nahrungszweiges, und wenn dessen Ausübung an gesetzliche Bedingungen gebunden ist, an die Nachweisung geknüpft, daß solchen Genüge geschehen seie. Es ist wahrlich keinem Zweifel ausgesetzt, daß die Ausübung eines zünftigen Gewerbes an die Annahme als Meister geknüpft ist, denn vorher ist es ja nicht einmal gewiß, ob der Gewerbsbeflissene nur im Besitze jener Fertigkeit sich befindet, um das Gewerbe selbstständig ausüben zu können. Hieraus folgt nun offenbar zweierlei gegen die oben angezogene Instruction.

Es folgt nämlich hieraus, daß nach dem kahlen Buchstaben des Gesetzes daß Meisterwerden der Bürgerrechts-Erwerbung vorangehen muß, weil jenes die Bedingung ist, unter welcher das Gewerbe ausgeübt werden darf, und nur durch Nachweis der erfüllten Bedingung das Bürgerrecht erworben werden kann.

Es folgt hieraus, daß dies schon durch die Natur der Sache, die zweifelsohne auch die ratio legis sein dürfte, unerläßlich geboten ist. Der Staat kann keine Bürger brauchen, die nicht im Stande sind, sich und ihre Familien zu ernähren. Deswegen haben sie sich vorerst über dieses Vermögen auszuweisen, ganz und vollkommen auszuweisen, sofort doch sonnenklar über die schon erfüllten Bedingungen, unter welchen sie nur das, als ihee Nahrungsquelle bezeichnete, Gewerbe ausüben können.

Das hieße doch wahrlich das Pferd beim Schweife aufzäumen, wenn man einen jungen Mann als Bürger aufnehmen, und dann erst in das Examen schicken wollte, um zu erfahren, ob er auch die Eigenschaften besitze, um Büeger sein zu können. Was wollte man mit ihm anfangen, wenn ee durchfiele, denn es wird doch dieses sogenannte Durchfallen nicht gerade ein privilegium odiosum für die Zöglinge der Universitäten sein. Aus diesem Grunde könnte man ihm das Bürgerrecht nicht mehe entziehen, denn hat man einmal das Aemtchen, so ist man deswegen schon ausnehmend geschickt, und sieht auch die ganze Welt, daß es total erlogen ist. Auch weiß §. 85 des Gesetzes nichts davon, und ganz natürlich, weil die Gemeindeordnung davon nichts weiß,

*) Wochenblatt für die Bezirksämter Sinsheim, Neu-Bischofsheim und Wiesloch. Nr. 45.

Digitized by Google

daß man erst Bürger sein müsse, um Meister werden zu können. Die Zunft braucht keine Bürger, der Staat hingegen Meister; jene sind nicht für diese, sondern diese für jene berufen.

Daß nun aber ein so verkehrtes Auffassen gerade sich auf die Gesetze bezieht, die tagtäglich exercirt werden, den Beginn des bürgerlichen Lebens berühren, und manchen jungen Mann auf die praktikabelste Weise zwischen Thür und Angel setzt, dies ist das Beklagenswertheste bei der ganzen Geschichte.

So sind mir zwei Fälle vorgekommen, wo man junge Männer auf ganz klassische Weise von Pontio zu Pilato, und wieder zurück und wieder herschickte, da die beiden Gemeindevorstände zufällig zwar einen ungekünstelten aber desto gesunderen Verstand hatten. Das Amt ließ die Petenten nicht zur Meisterprüfung, weil sie noch nicht Bürger waren, die Gemeindevorstände ließen sie nicht zum Bürgerrecht, weil sie noch nicht Meister waren. Das fernere Schicksal des Einen blieb mir unbekannt, da ich dem armen Teufel lediglich einen Rath ertheilte, das des Andern war aber folgendes: er wollte in einer fremden auch in einem dritten Amtsbezirke gelegenen Gemeinde als Bürger aufgenommen werden. Die Gemeinde verweigerte es, weil er noch nicht Meister war, und dies mit vollem Recht. Er erhielt den Rath, vorerst in seiner Heimath (weil er anderswo hierzu kein Recht haben könnte) Meister zu werden. Nach vielen Wochen brachte er erst die erforderlichen Dokumente, aus welchen der Verlauf der unregelmäßigen Geburt folgender hervorging: ohne Bürger zu sein, ließ ihn das Amt nicht zur Meisterprüfung, seine Heimathsgemeinde wollte ihn nicht als Bürger annehmen, weil er nicht Meister war, und so fing er an, mit ihr zu capituliren. Ein Dritter stellte nämlich der Gemeinde Caution, daß er als Meister bestehen, und nach erfolgtem Bürgerantritt unverweilt, wie man zu sagen pflegt — die Platt putzen, und in jene dritte Gemeinde übersiedeln werde. Nach langem Notenwechseln ließ sich die Gemeinde endlich erweichen, nahm ihn als Bürger auf, worauf er seine Meisterprüfung auch glücklich bestanden, und die Translation seines Bürgerrechtes durchgesetzt hat. Hierüber ist nun aber eine Zeit von 10 bis 12 Wochen verloren gegangen, und außerdem noch der Betrag für den Antritt des angebornen Bürgerrechtes, das dort übliche Laternengeld, der Betrag für die Ausfertigung des Bürgerscheines, für den Feuereimer, und was sonst als noch zur ersten Haushaltungseinrichtung gehört.

Diese Art, der Meisterprüfung zuzulassen — um doch die obige Instruction etwas praktikabel zu machen — ist wahrscheinlich auch deswegen eingehalten worden und gesetzlich begründet, um — Zeit und Kosten zu ersparen.

Wer übrigens etwa glauben möchte, daß das Meistersein zur Ausübung des Gewerbes berechtige, und man deshalb schon nur den Bürger zulassen könne, der wolle §. 1. Nr. 5 des allegirten Gesetzes ansehen, wornach diese Ausübung nur ein Recht des Bürgers ist, und das Meistersein an sich hierzu noch keine Berechtigung giebt. Es kann deshalb dem bisher Gesagten zufolge keinem Zweifel unterworfen sein:

daß das Bürgerwerden durch das Meistersein bedingt ist, das Meisterwerden hingegen niemals durch das Bürgersein.

Kreitler.

IV.

Bedenken.

Es besteht, wenn ich nicht irre, bei allen Obergerichten die Uebung, daß bei Verkündung der Urtheile die Bekanntmachung der Entscheidungsgründe bis zum Schlusse der Sitzung ausgesetzt wird, und, und da die Anwälte den Schluß der Sitzung selten abwarten — was ihnen auch nicht wohl zugemuthet werden kann —, in der Regel ganz unterbleibt.

Widerspricht dieses Verfahren nicht der bestimmten Vorschrift des §. 385 der Prozeßordnung, wonach die Entscheidungsgründe zugleich mit der Verkündung der Urtheile bekannt gemacht werden müssen?

Kann diese gesetzliche Bestimmung anders als auf dem Wege der Gesetzgebung abgeändert werden?

Ließe sich das Hinderniß des zu großen Zeitbedarfs nicht theilweise dadurch heben, daß die Entscheidungsgründe, anstatt in dem Umfange von ausführlichen Rechtsausführungen, in einigen kurzen, bündigen, den Parthien, für die sie bestimmt sind, auch faßlicheren Sätzen, gleich denen der französischen Urtheile, abgefaßt würden?

Wird der Zweck des Gesetzes nicht gänzlich bei einem Verfahren verfehlt, welches zur Folge hat, daß die Entschreidungsgründe in der Regel in öffentlicher Sitzung gar nicht eröffnet werden? — Denken wir uns, was freilich selten vorkommt, was aber doch das Gesetz unterstellt, daß ein zahlreiches Publikum den Verhandlungen beiwohne. —

L.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 4. September 1841.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Ueber die rechtliche Wirkung der Verweisung der Einrede der Wettschlagung zum gesonderten Auftrage. Auslegung der Parteivorträge.

J. S.

Hekle gegen Ehret.

Hekle war im Besitz einer Verlassenschaft im Betrag von 4351 fl. und wurde von seinen Miterben Altvogt Röteler und Ehret auf theilweise Herausgabe gerichtlich belangt.

Er behauptete im Laufe der Verhandlungen, daß er verschiedene auf dieser Erbschaft haftende Schulden und Lasten bestritten habe, welche er abziehen wolle, ohne solche jedoch näher anzugeben.

Das Uetheil, welches ihn zur Auslieferung der Erbschaft schuldig erkannte, machte zugleich den Vorbehalt der Wettschlagungsbefugniß hinsichtlich dieser erst zu liquidirenden Auslagen.

Hekle erhob nun bei Amt Liquidationsklage auf die Summe von 4800 fl., und im Laufe ihrer Verhandlung schloß er mit dem einen Beklagten (Ehret) Vergleich, welcher die Reduktion seiner Forderung auf 1652 fl. bestimmte. Diesem Vergleich trat der andere Beklagte Röteler nicht bei; worauf auch der Beklagte Ehret erklärte, solchen nicht halten zu wollen, die Verhandlungen dieser Klage wurden sodann zu Ende geführet, in der dritten Instanz wurde nebenbei auch über die Verbindlichkeit des so eben gedachten Vergleichs für den Ehret, gestritten; und in dem Uetheil, wodurch das Oberhofgericht den Liquidationsprozeß endlich entschied, wurde dem

Liquidationskläger Hekle vorbehalten, seine Ansprüche aus jenem Vergleiche in gesondertem Prozesse auszutragen.

Jetzt trat derselbe gegen Ehret allein mit dieser vorbehaltenen Klage auf, und forderte ein Drittheil der verglichenen Summe mit 550 fl. von ihm, gestützt auf obigen Sachverhalt und unter der Ausführung, daß, wenn gleichwohl für den frühern Mitbeklagten Röteler der Vergleich nicht bindend sei, solcher doch den jetzt allein Beklagten Ehret unbedingt verpflichte, dieser also ohne Rücksicht auf das, was das im Liquidationsprozesse ergangene Uetheil letzter Instanz für zur Aufrechnung an der auszuliefernden Erbschaft geeignet erkannte, sich gefallen lassen müsse ein Drittheil des verglichenen Betrags zu bezahlen, beziehungsweise an der Erbschaftsforderung sich aufrechnen zu lassen.

Er bat zu erkennen:

„der Beklagte sei schuldig den Vergleich zu halten, und das Betreffniß mit 550 fl. sammt Zins vom Klagtage an Kläger zu zahlen.

Dieser Bitte gemäß erkannte denn auch das Amt, ohnerachtet der Beklagte gegen die Begründung der Klage ausführte,

a) daß der Antrag auf Zahlung ging, ohnerachtet nach Klägers eigenem Vortrage derselbe noch mit einem Drittheil von 4351 fl. Schuldner des Beklagten sei, mithin der Antrag höchstens auf Wettschlagung hätte gestellt werden können,

b) der Vergleich sei für den Beklagten Ehret nicht verbindlich, weil derselbe bei der Unterschrift sich die Zustimmung des damals mitbeklagten Rötelee vorbehalten, diese aber nicht erfolgt sei.

Ueber die letztere dem Vergleichsprotokolle widersprechende Behauptung hatte sich Beklagter auf dieses von dem Unterrichtee in seine Entscheidungsgründe zum Endurtheil im Liquidationsprozesse niedergelegte Zeugniß berufen.

In der Appellationsinstanz trug Beklagtee die neue Einrede vor, daß er schon voe Erhebung der Klage seine Erbschaftsforderung an Kläger einem Dritten cedirt habe, und die Cession dem Kläger feierlich bekannt gemacht worden sei. —

Die Minorität des Hofgeeichts wollte die Klage, weil deren Bitte nicht auf Compensation sondern auf Zahlung

Digitized by Google

ging, als unbegründet verwerfen; die Majorität erkannte aber abändernd dahin:

Beklagter sei schuldig, dem Kläger auf seine Forderung an bezahlten Schulden und Lasten der Johann Bürgertischen Verlassenschaft, außer den im oberhofgerichtlichen Urtheil v. 6. Nov. 1840 zur Wettschlagung für geeignet erkannte dem Beklagten mit 107 fl. 30 kr. zur Last fallenden Betrag noch weitere 453 fl. 30 kr. mit Zins vom Tag der Klagzustellung an, durch Zahlung oder Abrechnung an seiner Erbschaftsforderung zu berichtigen, mit der Mehrforderung aber sei Kläger abzuweisen.

An den Kosten beider Instanzen habe Kläger 1/5 und Beklagter 4/5 zu tragen.

Gründe.

Das hofgerichtliche Urtheil vom 28. Juli 1837 Nr. 5100. J. S. Altvogt Rötrler & Consf. und Hekle Erbschaftsaussetzung betreffend, behielt dem letztern vor an der auszuliefernden Erbschaft ad 4331 fl. 31 kr., diejenigen darauf haftenden Schulden, über deren Zahlung er sich in einem Liquidationsverfahren ausweisen könne, abzuziehen.

Darauf erhob Hekle bei Amt Liquidationsklage gegen Röteler & Consf. im Betrag von 4812 fl. aus mehreren und verschiedenartigen Posten zusammengesetzt.

Am Schluß der Verhandlungen dieser Liquidationsklage durch drei Instanzen erging oberhofgerichtliches Urtheil v. 6. Nov. 1840, welches

a) wegen eines geringen Theils der Forderungen die Beklagten verurtheilte,

b) wegen des größten Theils derselben erkannte, daß sie als zu der gegenwärtigen auf ein rechtskräftiges Urtheil gestützte Liquidationsklage nicht geeignet, zum gesonderten Austrag verwiesen werden.

c) Hinsichtlich der von Hekle aus einem im Laufe des Liquidationsprozesses abgeschlossenen Vergleich hergeleiteten Ansprüche denselben auch zum gesonderten Austrag verwies.

Nach Erhebung der Liquidationsklage kam nämlich am 19. Juli 1838 ein Vergleich zu Stande, daß die in der Liquidationsklage von Hekle gemachten Ansprüche auf 1652 fl. 52 kr. festgesetzt und deren Abrechnung zugestanden werden solle. Diesen Vergleich unterzeichnete Benjamin Ehret unbedingt, der andere auf Beklagter Seite anwesende Sohn des Altvogt Röteler aber vorbehaltlich der Genehmigung seines Vaters.

Später erklärte sodann zum Proto. v. 13. Nov. 1838 Ehret gemeinschaftlich mit seinen Streitgenossen, jener Vergleich solle nichts gelten.

Wenn nun das großherzogliche Oberhofgericht in Anbetracht, daß über die Rechtsverbindlichkeit des gedachten Vergleichs in den vorderen Instanzen unter den Parteien gar kein Streit geführt worden war, die deßfallsigen Ansprüche zum gesonderten Austrage vorbehielt, so war damit nur ausgesprochen, daß dem Kläger die Rechtskraft jenes Urtheils nicht im Weg stehen solle, wenn er in besonderem Rechtsstreite auf den Vergleich eine größere als die ihm durch das Urtheil schon zur Compensation zuerkannte Forderung begründen könnte, durch die Verweisung zum gesonderten Austrage war übrigens jedenfalls die aus dem Vergleich etwa abzuleitende Einrede der Compensation aberkannt.

Wenn nun Hekle im Contert seiner gegenwärtigen Klage sagt:

„ohnerachtet des obgedachten Vergleichs weigere sich Beklagter Ehret solchen zu halten, und den von der Vergleichssumme ihn treffenden Antheil ad 550 fl. 44 kr. dem Klägee zu zahlen, oder *an seinem Erbtheile in Abzug bringen zu lassen*,

und darauf bittet zu erkennen,

„Beklagter sei schuldig den Vergleich zu halten und das Betreffniß mit 550 fl. 44 kr. sammt Zins vom Tage der Klage an Kläger zu zahlen,

so lag in diesem Klagbegehren offenbar nicht die Intension zu verlangen, daß Beklagtee für die demselben früher rechtskräftig zuerkannte Erbschaftsforderung nichts erhalten, und überdies noch gedachte 550 fl. herauszahlen solle, welches Begehren allerdings offenbar unbegründet wäre.

Die Intension der Klage war vielmehr, die volle Vergleichssumme als Gegenforderung gegen den Beklagten geltend zu machen, ganz unabhängig davon, ob Kläger bei definitiver Erledigung dieses Streits noch in der Lage sein werde, auf seine längst rechtskräftig entschiedene Schuld kompensiren zu können.

In diesem Sinne war jedoch die Klage nicht für den ganzen verglichenen Betrag ad 550 fl., sondern nur für die Summe begründet, welche sich ergibt, wenn man 1/5 der Summe abzieht, zu deren Compensation der Kläger schon durch oberhofgerichtliches Urtheil v. 6. Nov. 1840 ermächtigt wurde, diese beträgt 321 fl. 42 kr., mithin 1/5 derselben 107 fl. 14 kr., und somit ist die Klage aus den Vergleich für die Differenz mit — 453 fl. 30 kr. begründet, †) indem jener Vergleich entschieden auf die obige Summe abgefaßt, vom Beklagten ohne Vorbehalt unterzeichnet, diese Unterschrift von ihm auerkannt ist,

†) Dies ist wohl ein kleiner Rechnungsverstoß, denn 453 fl. 30 kr. und 107 fl. 14 kr. machen 560 fl. 44 kr. und nicht nur die eingeklagten 550 fl. 44 kr. D. Red.

Digitized by Google

das von dem Beamten in dem siebenten Monate nachher verfaßten Entscheidungsgründen niedergelegte Zeugniß aber, daß auch Beklagter Ehret bei der Unterschrift sich die Ratifikation seines Streitgenossen Röteler vorbehalten habe, hiergegen überall nicht erheben kann.

Die in dieser Instanz neu vorgetragene Einrede der Cession ist unbegründet, weil es sich hier nicht um die Forderung des Beklagten an Kläger, welche allein Gegenstand einer Cession des erstern sein konnte, sondern um eine Schuld des Beklagten an Kläger handelt, für welche diesem ohne seine Zustimmung ein neuer Schuldner nicht bestellt werden konnte.

Die Kostenbestimmung beruht auf dem Umstande, daß Kläger mit $^1/_8$ seiner Forderung unterliegt. Tr.

II.

Sachlegitimation bei Prozessen für und wieder getheiltes Eigenthum.

Bei dem getheilten Eigenthum und insbesondere bei Erbbeständen, welche nach Art. 1831 b. c. eine Art des getheilten Eigenthums bilden, ist und war es von jeher eine sehr wichtige Frage, wer denn eigentlich bei dinglichen Klagen für oder gegen das Gut der rechte Kläger resp. Beklagte sei, ob der dominus utilis oder der dominus directus, und in wie weit der von dem einen erhobene resp. gegen ihn anhängige oder entschiedene Prozeß auf die Rechte des anderen influire?

Bei dem unterrheinischen Hofgerichte erhob der dominus *directus* eine Entlastungsklage gegen den großherzoglichen Fiscus, weil dieser den Zehnten vom Erbbestandsgut in Anspruch nehme, während doch dieses keinen zu geben schuldig sei. Der Beklagte entgegnete unter anderem, daß wegen dieses Zehntens von ihm bereits früher eine actio confessoria gegen die Erbbeständer erhoben, dem Obereigenthümer der Streit verkündet, und sofort die Beklagten zur Zehntentrichtung verurtheilt worden seien.

Aus dem Replikvortrag des Klägers ergab sich die Richtigkeit der Thatsachen, daß er nur Obereigenthümer des fraglichen Guts und daß gegen die Erbbeständer ein Rechtsstreit wenigstens anhängig geworden sei.

Er gibt auch zu, daß ihm der Streit verkündet worden sei, aber zu spät, und beantwortet mit Nichtwissen die angebliche Entscheidung des Prozesses.

Der Kläger wurde mit seiner Klage abgewiesen, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen.

„Der evangelische Kirchenfiscus klagt in der Eigenschaft als Eigenthümer derjenigen $^4/_7$ des Felddistrikts genannt „Spießlache", welche ihm von der Kirchengütertheilungscommission zugewiesen worden seien.

Der Kläger ist jedoch nach dem von ihm selbst vorgelegten Güterverzeichniß zur Zeit nicht voller sondern nur Obereigenthümer jener $^4/_7$, während den dort benannten Personen als Erbbeständern das Nutzeigenthum zusteht.

Auch sind beide Theile darüber einig, daß über die Zehntpflicht der Spießlache, also über denselben Streitgegenstand, welcher hier vorliegt, bereits ein Rechtsstreit zwischen dem großherzoglichen Civilfiscus als Kläger und den gedachten Erbbeständern als Beklagten anhängig geworden ist. Nur der Ausgang jenes Prozesses ist zur Zeit noch nicht hergestellt.

Der evangelische Kirchenfiscus, welcher in dem gegenwärtigen Prozesse beantragt, dem Civilfiscus dasjenige Recht abzuerkennen, welches der letztere gegen die Erbbeständer bereits klagend verfolgt hat, geht hiebei von der Unterstellung aus, daß er während der Trennung des Eigenthums in Bezug auf die Gutslasten ein selbstständiges Klagrecht habe, welchem durch eine Prozeßführung gegen den Nutzeigenthümer auf keine Art präjudizirt werden könne, daß vielmehr ein solcher Prozeß für ihn ein actus inter alios sei.

Diese Unterstellung ist aber unrichtig. Der Erbbeständer hat zufolge des Landrechtsatzes 1831 b. c. die Rechte eines nutzbaren Eigenthümers. Er ist nach Landrechtsatz 1831 b. f. und 1831 a. d. der juristische Besitzer der Sache kraft eines selbstständigen Eigenthumsrechtes, welches alle Genußrechte umfaßt, und schon nach gemeinem Rechte war deßhalb ihm die volle Befugniß zur gerichtlichen Vertretung der Sache, dem Obereigenthümer aber nur ein Interventionsrecht eingeräumt.

Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 259.

Wie nun unser Landrecht die Lehre vom getheilten Eigenthum überhaupt aus dem gemeinen Recht geschöpft und nur in wenigen Punkten nähere Bestimmungen getroffen hat,

Brauer, Erläuterungen I. Bd. S. 440 *).

so ist auch namentlich in Bezug auf die gerichtliche Vertretung des getheilten Eigenthums der angeführte Grundsatz des deutschen Privatrechts durch den Landrechtsatz 577. a. m. in ziemlich deutlichen Worten adoptirt worden.

Es sind nämlich hier sowohl die Folgen als die Kosten aller Prozesse ohne Unterschied, ob sie den Genuß oder das Eigenthum betreffen, dem Nutzeigenthümer zugewiesen, und nur diejenigen Kosten soll der Obereigenthümer tragen, welche aus seinem Beitritt entstehen.

Fürs erste können nun aber die Folgen und Kosten eines Prozesses vernünftiger Weise nur auf denjenigen fallen, der zur Sache legitimirt, d. h. als der eigentliche und rechte Kläger oder Beklagte anzusehen ist. Fürs zweite kann von einem Beitritt, d. h. von einer freiwilligen Nebenintervention von Seiten des Obereigenthümers in einem Prozeß des Nutzeigenthümers nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß zwischen dem Nutzeigenthümer und einem Dritten

*) Brauer sagt l. c. ausdrücklich, daß die Lehre vom getheilten Eigenthum aus dem geschöpft sei, was bisher schon gebräuchlich war, und was deßhalb in der alten Rechtslehre seine hinlängliche Erläuterung finde. Es kann daher nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß uns das gemeine Recht als Basis zur Erläuterung dienen muß, wo nicht ausdrücklich Aenderungen vorgenommen wurden.

Digitized by Google

überhaupt rechtsgültig über das Eigenthum prozessirt werden kann. Müßten die Klagen vom Obereigenthümer ausgehen oder gegen ihn gerichtet werden, so wäre ein Rechtsstreit zwischen dem Nutzeigenthümer und einem Dritten juristisch nicht denkbar und folgeweise auch nicht ein Beitritt des Obereigenthümers als den wahren Berechtigten.

Die gesetzliche Bestimmung ist auch ganz dem Rechtsverhältniß des getheilten Eigenthums angemessen, zumal, wenn es sich um Lasten handelt, die den Genuß, also das Nutzeigenthum schmälern, wie die Zehntpflicht, denn diese fällt nach Satz 577. a. e. auf den Nutzeigenthümer und er ist als der nächste Interessent bei der Sache folglich als derjenige anzusehen, der über das Dasein oder Nichtdasein einer solchen Last zu rechten hat, während das Interesse des Obereigenthümers nur in der Ferne steht und nach Umständen ganz ungewiß ist.

Aus diesem Grunde und weil der Vasall den juristischen Besitz des Lehens hat, stehen auch bei eigentlichen Lehen (feudum) alle possessorischen und petitorischen Rechtsmittel dem Vasallen zu, so wie er in allen diesen Sachen allein der rechte Beklagte ist.

Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 224.

Da bei den Erbleihen die Rechte des Nutzeigenthümers noch ausgedehnter sind, als die der eigentlichen Vasallen, so ist nicht einzusehen, warum bei dieser Art der Vertheilung des Eigenthums die aktive und passive Legitimation dem Obereigenthümer und nicht dem Erbbeständer zustehen sollte. Dieser kann als Nutzeigenthümer sein Eigenthum sogar mit neuen Lasten beschweren, ohne daß dem Obereigenthümer eine Einsprache während der Trennung des Eigenthums zusteht; er muß also auch befugt sein, über die aus dem Gesetz abgeleiteten Lasten Rechtsstreite zu führen.

Wenn aber hiernach die Sachlegitimation während der Dauer des getheilten Eigenthums unstreitig auf Seiten des Nutzeigenthümers sich befindet, so kann dieselbe nicht auch zugleich dem Obereigenthümer zustehen. Es kann nicht jeder für sich allein ad causam legitimirt sein, sondern die Berechtigung des einen macht von selbst, daß dem anderen nun eine Nebenintervention zusteht.

Wollte man aber auch die aktive und passive Legitimation als ein Sammtrecht beider Eigenthümer betrachten, so würde jedenfalls der mit dem Nutzeigenthümer anhängig gewordene Prozeß auch die Rechtshängigkeit für den Obereigenthümer begründen, denn es würde allen Grundsätzen über die Rechtskraft und das Ansehen der richterlichen Urtheile entgegenlaufen, zwei Prozesse über denselben Gegenstand zuzulassen, so, daß das Recht, welches ein dritter mit der actio confessoria gegen den Nutzeigenthümer erfochten hat, in Folge einer actio negatoria des Obereigenthümers jenem wieder abgesprochen werden könnte.

Höchstens die Frage könnte aufgeworfen werden, ob nicht nach etwaigem Heimfall des Nutzeigenthums dem Obereigenthümer eine derartige Rechtszuständigkeit erwachse *), allein darauf kommt es hier nicht an.

Zur Zeit liegt auch noch gar kein factum vor, was den Rechten des Obereigenthümers entgegen ist oder solche verletzt, sondern nach dem Inhalt der Klage nur eine mündliche Rechtsansprache des großherzoglichen Civil-Fiscus. Aeußerungen begründen aber nach Umständen nur eine Aufforderungsklage, während jede Klage auf Ab- oder Zuerkennung eines Rechts stets eine Rechtsverletzung durch rechtwidriges Unterlassen oder Handeln auf Seiten des Beklagten dem Kläger gegenüber voraussetzt.

Unter den gegenwärtigen Verhältnissen ist also die erhobene Klage schlechthin unstatthaft und es wurde deshalb, mit Rücksicht auf §. 169 der Kosten wegen, wie geschehen erkannt.

Der II. Senat desselben Hofgerichts hat in einem ähnlichen Falle das Klagrecht des Obereigenthümers aus den gleichen Gründen nicht anerkannt.

Die von dem Hofgericht angenommene Ansicht ist für Fälle, wo getheiltes Eigenthum beim Erbbestand besteht, gleichfalls ausgeführt in

v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen IV. Nr. 13.

Interessent sind hiebei folgende (in Eichhorn l. c. gleichfalls angeführte) Stellen des Lehenrechts.

II. t. 8. pr. Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit... vindicare et ... defensionem opponere. Nam et servitutem eidem rei debitam petere potest et retinere. Quid ergo si pretio vel dolo vel incuria servitutem rei beneficiariae imponi patiatur et ad dominum ex qualibet causa postea beneficium revertatur, quaesitum fuit et responsum est, ut vasallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse, domino autem, et si per longa tempora perseveraverit servitus minime noceat.

II. t. 26. §. 21. Si vasallus de beneficio suo agat vel conveniatur, sive obtineat, sive non, licet ignorante domino fiat, omni tempore firmum erit illud judicium, nam et transigere recte poterit, nec quod accepit transactionis nomine feudum erit.

II. t. 43. Si controversia inter vasallum et alium de beneficio fuerit, adversario proprietatem totius vel partem, vel aliud aliquod jus sibi vindicante: causa per vassallum, etiam domino absente, quasi propria ad finem perducatur. Ipse enim solus utiliter agendi et excipiendi habet potestatem et si pro eo aut contra eum judicatum fuerit, vel cum adversario transegerit, dummodo fraudulenter actum non sit, etiamsi post beneficium domino aperiatur, tale erit, ac si eo agente judicatum fuisset et ideo ab eo ratum haberi oportet.

Es ist hier zugleich angedeutet, daß der Obereigenthümer gegen dolus und Nachlässigkeit des Nutzeigenthümers geschützt werden soll, und eine unredliche Prozeßführung würde jedenfalls ein grober Mißbrauch sein, den der Nutzeigenthümer von seinen Rechten macht, und würde daher die Heimfallsklage begründen.

Worin sollte dagegen der Schutz des Nutzeigenthümers gegen unredliche Prozeßführung des Obereigenthümers liegen, wenn man diese allein als legitimirt erachten wollte?

Stabel.

*) nach Analogie des Grundsatzes „resoluto jure dantis resolvitur jus concessum". Vergl. jedoch die unten angeführten Stellen des Lehenrechts.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 11. September 1841.

I.

Weiler (Freiherr von, Geheimerath, Mitglied des Staatsministeriums und der Gesetzgebungskommission), Motive zum Entwurfe der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden. Karlsruhe, Verlag von Ch. Th. Groos. J. 1831.

Der Verfasser bemerkt über den Werth einer solchen Arbeit. „Jedes Gesetz soll zwar aus sich selbst erkennbar sein, und darum scheinen die Motive, wenn es seinem Zweck entspricht, überflüssig. Auch können die Motive, welche nicht in dem Gesetz selbst ausgesprochen sind, der Auslegung und Anwendung desselben keine Schranken setzen. — Aber für das Urtheil, welches über die Tauglichkeit und Zweckmäßigkeit des Gesetzes ergehen soll, sind sie von Nutzen, weil darüber der Bestimmungsgrund, der dem Gesetz sein Dasein gegeben hat, den sichersten Aufschluß geben muß."

Ich sehe die Veröffentlichung der Motive für ein allgemeines Bedürfniß an, weil sie die Auslegung des Gesetzes eben so sehr, als dessen Beurtheilung erleichtert. Wer über die absolute oder relative Güte eines Gesetzes urtheilen will, muß vor Allem dasselbe richtig aufzufassen, in seinen Geist einzudringen im Stande sein. Wie vermag er dieses, wenn er den Standpunkt, von welchem der Gesetzgeber ausging, die Grundmaximen, welche ihn bei seiner Schöpfung leiteten, den Zweck und die Gründe seiner Anordnungen nicht kennen lernt! Was den Ausleger des Gesetzes vor Mißverständnissen bewahrt, muß auch den Beurtheiler von Fehlgriffen, die auf dergleichen Urkunde beruhen, abhalten. Es werden darum die Motive für Beide ein gleichwichtiges und schätzbares Hülfsmittel sein.

Das vorliegende Werk, welches durch den die allgemeinen Motive enthaltenden Bericht der Gesetzgebungskommission*) ergänzt wird, ist nicht, wie diese letztern, das Resultat des gemeinsamen Einverständnisses, der Gesetzgebungskommission. Indessen versichert uns der Verfasser, daß diese Motive (wiewohl sein Werk) im Sinne der Majorität verfaßt seien. Da er vom ersten Beginnen der Arbeit bis zu ihrem Schlusse an jeder Berathung Theil genommen, und die Fassung der Motive im Auftrag der Kommission unternommen hat, so wird man keinen Anstand nehmen, dieselben als ein gewichtiges Dokument über den Sinn, welchen die Gesetzgebungskommission dem Entwurfe beilegte, zu betrachten.

Der Entwurf ging übrigens nicht unmittelbar aus den Händen dieser Kommission in das Leben über. Er wurde zum Theil auch in den Kammern berathen, weßhalb die hier bekannt gemachten Motive durch jene der betreffenden Kammerkommissionen, ja sogar der einzelnen Wortführer, in soweit sie auf das Resultat der Abstimmung Einfluß hatten, zu ergänzen, beziehungsweise zu berichtigen sind.**)

Der Verfasser ist seiner Aufgabe, die Motive der Gesetzgebungskommission zu liefern, nicht überall treu geblieben, indem er bei einzelnen Lehren (z. B. bei'm Besitzprozesse) die Grundzüge zusammenstellt, auch öfters Erläuterungen einstreut, welche in den Kreis eines Commentars gehören. Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß das Werk durch diese Erweiterung seines Inhaltes nichts verloren, sondern vielmehr in seinem praktischen Werthe nur gewonnen hat. Hätte der Verfasser die zahlreichen Zweifel und Mißverständnisse auch nur geahndet, welche seit Einführung der neuen Prozeßordnung über den Sinn einzelner Artikel entstanden sind, er würde sich noch über Manches ausgesprochen haben, was er im Vertrauen auf die Klarheit und Deutlichkeit des Gesetzes mit Stillschweigen überging. Das ist aber das Schicksal aller Gesetzbücher, daß die Praxis Lücken und Mängel entdeckt, welche dem Gesetzgeber selbst verborgen bleiben, und daß es nur einer sorgfältigen Revision gelingen kann, jene Klarheit, Einheit und Vollständigkeit hervorzubringen,

*) 2ter Bd. 1stes Heft, des Archives für Rechtspflege und Gesetzgebung S. 57.

**) 1stes Beilagenheft zum Archiv.

Digitized by Google

welche es möglich macht, daß man das Gesetz aus sich selbst erkenne.

Die am Schlusse der Vorrede ertheilte Zusage der Herausgabe eines vollständigen Commentars in Gemeinschaft mit den Geheimen Räthen Mittermaier und Duttlinger (ein Unternehmen, über dessen Nützlichkeit und Nothwendigkeit nur eine Stimme herrscht), kann nun leider, nicht mehr in Erfüllung gehen, nachdem der Tod uns diesen durch sein vielseitiges, gründliches Wissen und durch seine literarischen Arbeiten eben so sehr, als durch sein ruhmvolles Wirken in dem Staatsministerium und bei der Gesetzgebungskommission ausgezeichneten Mann, mittlerweile entrissen hat. v. Kettennaker.

II.

Thilo (Wilhelm, Hofgerichtsrath in Rastadt). Die Controversen des französischen Civilrechts nach dem Commentaire sur le Code civil par *J. M. Boileux* revue par *M. F. F. Poncelet*, zum Gebrauche für Studierende und angehende Praktiker mit einem einleitenden Vorworte von Dr. Heinrich Zöpfl, Professor der Rechte in Heidelberg, Ritter des K. Spanischen St. Isabellenordens.

Durch die Einführung des Code Napoléon mit Zusätzen und Beibehaltung einiger älteren Landesgesetze, als Landrecht für das Großherzogthum Baden hat die deutsche Literatur ihre praktische Bedeutung für uns zum großen Theile verloren. Die richtige Anwendung der Gesetze ist jedoch durch die wissenschaftliche Begründung und Entwicklung des Gesetzbuches, und diese hinwieder durch das Einschreiten der Doctrin und Pearis bedingt. Während wir also auf der einen Seite die deutsche Literatur, insbesondere die des römischen Rechtes, nicht entbehren können, sind wir, was das Studium und die Ausbildung unseres Landrechts betrifft, theils auf unsere eigenen Kräfte, theils — und zwar ganz vornehmlich — auf die Arbeiten der französischen Rechtsgelehrten und Gerichte verwiesen, daß die Leistungen der Franzosen in einem hohen Grade belehrend und instructiv für unsere vaterländische Pearis sind, beweist das Urtheil sachverständiger Männer und die Theilnahme, welche ihre Literatur bei uns findet, diese letztere ist gleichwohl bei den Schwierigkeiten, welche die Sprache, die Kostspieligkeit und der Umfang ihrer Werke entgegensetzt, eine unvollkommene. Gar Viele sind außer Stande, sie zu benutzen.*) Darum hat jeder Versuch, ihr durch Uebersetzung und auszugsweise Mittheilung mehr Eingang zu verschaffen, auf unsern Dank und unsern Beifall den gegründetsten Anspruch.

Die vorliegende deutsche Bearbeitung des Kommentars von Boilleux verdankt ihre Entstehung der Empfehlung des Herrn Professor Dr. Zöpfl in Heidelberg. Derselbe spricht sich in einem werthvollen Vorworte über den Zweck und die Brauchbarkeit des Werkes für Praktiker (besonders Advokaten) und Studierende dahin aus: „Der Kommentar verdankt seine Entstehung zunächst dem auch in Frankreich fühlbar gewordenen Bedürfnisse einer kurzen, aber doch übersichtlichen Darstellung der Jurisprudance und der von den gelehrten Juristen in ihrer ausführlichen und mitunter bändereichen Werken, niedergelegten Ansichten. — Der Inhalt zerfällt in drei verschiedene Massen. Erstlich wird von jedem Buche, Titel und Kapitel, eine dogmatische Uebersicht des Inhaltes in der Form von Institutionen gegeben: sodann findet sich bei jedem Artikel eine specielle Erörterung seines Sinnes und Inhaltes, eine Paraphrase, theils mit Beispielen, theils mit historischen Erklärungen verwebt: endlich, und dieß ist der für uns wesentlichste und wichtigste Bestandtheil, folgen die Streitfragen, welche über die einzelnen Artikel und über die Ausfüllung der Lücken des Code entstanden sind, mit Angabe der verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten und der Entscheidungen der Gerichte, und zwar nicht eine bloße Verweisung auf die Literatur und die Urtheilssammlungen, sondern die Entscheidungsgründe für die sich bekämpfenden Ansichten sind in möglichster, jedoch für den schon mit einiger juristischen Vorbildung ausgerüsteten Leser genügender Kürze, mit lobenswerther Präcision niedergelegt."

Ref. hat sich bei Durchgehung des Werkes von der Richtigkeit dieses Urtheiles auf das lebhafteste überzeugt. In der Voraussetzung, daß ein Beleg dafür den Lesern dieser Anzeige willkommen, und für den Absatz selbst vielleicht von einigem Erfolg sein dürfte, will er die Bemerkung 1 zu Artikel 1 hier wörtlich aufnehmen.

Artikel 1.

1) „Kann man vor Ablauf der im Artikel 1 festgesetzten Frist in Kraft eines neu verkündigten erlaubenden Gesetzes eine willkührliche Rechtshandlung vornehmen, so z. B. wenn ein neu verkündigtes Gesetz die Quote des verschenkbaren Vermögens vergrößerte, und Jemand, hievon unterrichtet, diesem Gesetze gemäß, eine testamentarische Verfügung träfe, sofort vor Ablauf obiger Frist mit Tod abginge, würde seine Verfügung gültig sein?"

Bejaht: Die geordnete Frist hat nur den Zweck, das Gesetz in officieller Weise bekannt zu machen, schließt aber

*) M. vergl. die Annalen J. 1841, Nr. 6, S. 43.

Digitized by Google

die etwa erlangte besondere Kunde von demselben nicht aus. — Lyon 14. Plur. §. 12. D. Loir sect. 2. §. 13. 2. 343. — Verneint: Jene Verfügung verletzt das Interesse der Vorbehaltserben, die ihr Recht vom Gesetze, nicht durch den Willen eines Menschen erhalten haben: es kann denselben also auch nur durch das Gesetz allein entzogen werden. D. sect. 2. Merlin Ren. Loir §. 5. No. 10."

Der Verf. der Vorrede billigt es, daß diese Bearbeitung von den dogmatischen Ausführungen des Commentars Umgang nimmt, da wir hiefür bereits ein vorzügliches Handbuch, nämlich jenes des geheimen Rathes Zachariä, dessen Tüchtigkeit selbst in Frankreich anerkannt ist, besitzen, das Werk des Hofgerichtsraths Thilo mithin als eine Ergänzung jenes Handbuches angesehen, und in der Gestaltung, welche ihm der letztere gegeben, auch bei akademischen Vorträgen benutzt werden kann.

Dasselbe verdient hienach unzweifelhaft dieselbe günstige Beurtheilung und Aufnahme, welche der deutschen Bearbeitung des Code annoté ꝛc. *) zu Theil wurde. Der Titel des Werkes scheint mir seinem Inhalt insoweit angemessen, als er eine vollständige Sammlung aller in das französische Civilrecht einschlagenden Controversen, nach der Legalordnung zusammengestellt, enthaltet. Wir finden gleichwohl daneben eine große Anzahl unbestrittener Rechtsansichten und praktischer Aufschlüsse zum Behufe der Aufklärung einzelner Artikel, welche der Dogmatik angehören, und deshalb auch nicht ausführlich behandelt sind. Man sehe z. B. die Bemerkung 2 zu Artikel 5: „daß man vor Gericht die Frage über die Legalität (des Gesetzes) erheben dürfe: d. h. die Frage, ob ein Gesetz alle Kennzeichen eines solchen in sich vereinigt." Ferner die Bemerkung zu Artikel 1586 „der Artikel 1586 zählt den Verkäufer bei Verkäufen in Bausch und Bogen blos von der Verantwortlichkeit hinsichtlich des Gewichtes, der Zahl und des Maaßes los, keineswegs aber hinsichtlich der Fehler, die die Waaren zu dem Gebrauche, wozu sie bestimmt sind, untauglich machen würden. Brüssel, 12. Mai 1819." u. dgl. m. v. Kettennaker.

III.

Zentner (Dr., Hofgerichtsrath in Freiburg). Andeutungen über die Einführungen einer auf Collegialität gebauten Gerichtsverfassung mit Vergleichsbehörden und einer auf Oeffentlichkeit und Anklagesystem gegründeten Strafgerichtsordnung im Großherzogthum Baden. Mannheim. Verlag von Heinrich Hof. 1839.

Wir erhalten hier eine Reihe von Betrachtungen und Rathschlägen, betreffend den Zustand unserer Justizpflege und die Nothwendigkeit wesentlicher Reformen, wie solche die seit der Auflösung des Reichsverbandes erfolgte Gestaltung der staatsrechtlichen und politischen Verhältnisse Deutschlands — insbesondere der süddeutschen konstitutionellen Staaten — erheische. Mit dem Civilverfahren ist der Verf. im Ganzen zufrieden. Er bemerkt hierüber im ersten Abschnitte S. 8: „Seit dem J. 1832 erfreut sich das Großherzogthum Baden einer im Wesentlichen wohlgeordneten, auf die Verhandlungsmaximen gebauten Civilprozeßordnung mit öffentlich-mündlichem Verfahren; ihm ist mit den Vortheilen auch die Ehre zu Theil geworden, der erste der deutschen Staaten zu sein, welcher wenigstens theilweise sein altnationales, volksthümliches Verfahren wieder erobert hat. Wenn auch da und dort im Einzelnen sich Gelegenheit zur Verbesserung zeigen, so hat sich doch das Werk im Ganzen bewährt und in seinen Grundprincipien der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, die Anhänglichkeit des Volkes gewonnen, obgleich unsere Sitzungssäle, vermöge des eigenthümlichen (und gewiß lobenswerthen) Charakterzuges des an nützliche Thätigkeit gewöhnten Deutschen und des wenig Anziehenden der Civilprozesse, in der Regel (ich möchte sagen, so viel als gar nicht, denn es stellen sich selten 2—3 Zuhörer ein) nicht sehr stark vom Publikum besucht werden." Gleichwohl hat er auch hieran noch Manches auszustellen. Er verlangt nämlich: a) die vollständige Trennung der Administration von der Justiz auch in erster Instanz, in welcher wir dieselbe allerdings noch, und zwar ungerne, vermissen. b) Die Einführung von Friedens- oder Vergleichsbehörden nach dem Muster, welches uns Preußen in einigen Provinzen darbietet. Ref. hat die Nothwendigkeit und Räthlichkeit dieser Neuerung bestritten †). c) Handelsgerichte. — Auch über diesen Punkt sind im Inlande die Stimmen sehr getheilt. d) Collegiale Gerichtshöfe (Kreisgerichte) neben dem Einzelnrichter (Bürgermeister und Amtsrichter). e) Aufhebung der 3ten Instanz und Bildung eines Cassationshofes zur Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerden, sodann der Competenzconflikte (§. 51 der Prozeßordnung), endlich der Fälle, wo gegen den Richter wegen Ueberschreitung der Gränzen seiner Amtsbefugniß Beschwerde geführt wird, oder wo zwei sich widersprechende Urtheile von verschiedenen Gerichten unter denselben Partheien ergangen sind. Der Cassationshof soll in den dahin gelangenden Fällen nicht nur die Cassation aussprechen, sondern auch das Urtheil in der Sache selbst ertheilen. In Fällen, wo nicht der Appellationshof in 2ter und letzter Instanz erkannt hat, soll das zunächst höhere Gericht (also gegen das Erkenntniß des

*) Das französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht für das Großherzogthum Baden. — Annalen S. 42 a. a. O.

†) Archiv für die Rechtspflege B. IV. H. 2. S. 607.

Digitized by Google

Kreisgerichtes der Appellationshof, gegen das Erkenntniß des Einzelnrichters das Kreisgericht) die Funktionen des Cassationshofes übernehmen. Ref. hat sich schon vor 20 Jahren erklärt, daß er den Nutzen und die Nothwendigkeit dreier Instanzen nicht einsehe *). Derselbe glaubt jedoch, daß der Aenderung des Instanzenverhältnisses bei uns Hindernisse entgegentreten, welche nicht leicht zu überwinden sind, und resignirt darum auf die Erfüllung eines Wunsches, den er zur Zeit nicht für ausführbar hält.

Auf die Idee der Einheit der Rechtspflege, wie man sie in Frankreich vergebens zu erstreben suche, in Baiern dagegen wirklich, wiewohl auf eine die Gesetzgebung beeinträchtigende Weise, realisirte, will der Verf. verzichten.

Minder günstig lauten seine Betrachtungen über unsern Criminalprozeß, und es dürfte wohl eine Uebertreibung genannt werden, wenn er behauptet, daß uns alle Garantien fehlen, welche ein gebildetes, auf bürgerliche und politische Freiheit Anspruch habendes Volk fordern kann. Sein Urtheil steht im Zusammenhange mit seiner Vorliebe für die französischen Institutionen.

Wir werden unsere Justizpflege von ihren Hauptgebrechen seiner Meinung nach nicht eher heilen, bis wir 1) dem einzuführenden Verfahren das Institut der Staatsanwaltschaft in der Art zu Grunde legen, daß in der Regel die Untersuchung nur auf Veranlassung des öffentlichen Anklägers begonnen wird; 2) den Appellationshof über Versetzung in Anklagstand (Anfang der Spezialuntersuchung) erkennen lassen, und die Inquirenten unter Aufsicht der Kreisgerichte stellen; 3) den unmittelbaren Verkehr zwischen den Angeklagten begünstigen, sofort statt der schriftlichen Vertheidigung die mündliche gestatten, und 4) dem Grundsatz unbeschränkter Oeffentlichkeit huldigen.

Selbst diese Verbesserungen werden uns nicht genügen, wir werden uns genöthiget sehen, das deutsche Strafsystem gänzlich zu verlassen, und das Geschwornengericht aufzunehmen, oder in Ermangelung dieses Institutes uns entschließen müssen, die in Würtemberg eingeführte Mischung von Rechtsgelehrten und einfachen Bürgern unsern die Theilnahme der Bürger ausschließenden Gerichten vorzuziehen.

Dahin kömmt der Verf. in Folge seiner nähern Reflexionen über den Indizienbeweis. Das Resultat seiner Ausführung (§. 22—26) läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

Erster Satz. Die vom Staate besoldeten rechtsgelehrten Richter sollen ihre Entscheidungen auf gesetzliche Normen (Beweisvorschriften) gründen und rechtfertigen.

Zweiter Satz. Diese Formen müssen hinsichtlich Ihrer das Bollwerk gegen die Macht äußerer Einflüsse sein.

Dritter Satz. Die Verurtheilung auf künstlichen Beweis (Indicienbeweis) in Verbindung mit andern direkten Beweismitteln, oder für sich allein, stellt sich als nothwendig dar.

Vierter Satz. Die Aufgabe, den Richter hinsichtlich des Indicienbeweises mit bindenden Vorschriften so zu umgeben, daß man auf der einen Seite seinem Ermessen Schranken setzt, ohne zugleich seiner Ueberzeugung von der Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten auf der andern Seite Gewalt anzuthun, läßt sich auf eine befriedigende Weise nicht lösen.

Das Anerkenntniß der Nothwendigkeit einer befriedigenden Beweistheorie und die Unmöglichkeit, eine solche zu Stande zu bringen, führen den Verf. zum Geschwornengericht, und lassen ihn bedauern, daß dessen Aufnahme bei uns in eine unbestimmbare Ferne gestellt ist.

Ref. gehört zu den entschiedensten Gegnern des Systems, an welchem der Verf. dieser Andeutungen Wohlgefallen findet. Obige Gründe sind nicht geeignet, seine Verehrung für die Principien des deutschen, einer Verbesserung allerdings fähigen und bedürftigen Verfahrens zu schwächen.

Das Gesetz, welches ausspräche: Auf die bestimmte, gleichförmige, in allen wesentlichen Umständen übereinstimmende, eidliche, direkte Aussage zweier klassischen Zeugen, oder, wenn sich z. B. beim Diebstahl zu dem schlechten Leumund des Inkulpaten, und der verdächtigen Anwesenheit am Orte des Diebstahles, noch der Besitz der gestohlenen Sache gesellt, und mit diesen Anzeigen ein anderes direktes Beweismittel z. B. die direkte Aussage eines verdächtigen Zeugen, ein außergerichtliches Geständniß u. dgl. konkurrirt, muß die Verurtheilung erfolgen, würde meinen Beifall nie erhalten, wohl aber ein solches, welches für die angegebenen Fälle das „muß" in „kann" verwandelt, und für den Fall gesetzlich unzureichender Beweise die Formel: „darf die Verurtheilung nicht erfolgen" festsetzt. Eine Beweistheorie von dieser Beschaffenheit könnte offenbar für den Angeklagten nur vortheilhaft seyn, weil sie ihm gegen die heillosen Folgen nichtiger Schlüsse und Eindrücke, von welchen oft der gelehrte, wie der ungelehrte Richter beschlichen wird, in Schutz nimmt. Die Gewalt, welche das Gesetz ausübt, ist hiernach in ihrer Wirkung höchst wohlthätig, und himmelweit von der Gewalt verschieden, welche das Gesetz den Geschwornen einräumt, indem es ihrem Ausspruch keine andere Basis, als das Gewissen unterstellt, dieses letztere mit der Glorie der Unfehlbarkeit umgibt, und dem Verurtheilten jede weitere Vertheidigung entzieht, während es Denjenigen, der die Gewalt übt, einem höhern Wesen gleichstellt und von aller Verantwortlichkeit entbindet. Selbst der Vater eines wegen Vatermordes Angeklagten würde die Unschuld seines Sohnes

*) Eleutheria 2. B. S. 55.

Digitized by Google

vor einem solchen Gerichtshofe vergebens behaupten, wenn dieser einmal sein verhängnißvolles „Schuldig“ ausgesprochen hat, so gewiß es auch ist, daß dessen Unschuld durch die Gegenwart des angeblich Gemordeten außer Zweifel gestellt werden könnte. So sehr derselbe übrigens gegen das Institut der Geschwornen eingenommen ist, würde er doch dasselbe einer Einrichtung vorziehen, welche aus den Bestandtheilen zweier auf den verschiedensten Grundlagen beruhenden Systeme zusammengesetzt ist. Der Verf. wird Gelegenheit haben, seine Andeutungen bei der Vorlage der Entwürfe zur Einführung des Strafrechtes geltend zu machen, und weiter auszuführen.

Sie enthalten jedenfalls einen schätzbaren Beitrag zur Lösung einer der wichtigsten Aufgaben der Gesetzgebung: Verbesserung des Zustandes unserer Civil- und Criminaljustiz. Dem Ref. scheint ganz vorzugsweise der Abschnitt, welcher von dem Indizienbeweise im Criminalprozeß handelt, beachtungswerth zu sein.

v. Kettennaker.

IV.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Ueber Auslegung von Verträgen. Anwendbarkeit des Landrechtsatzes 1178 auf den Annahmsverzug bei doppelseitigen Verträgen.

J. S.

Schmidt gegen Bühler,
Entschädigung betreffend.

Kläger producirte einen zwischen ihm und dem Beklagten am 22. Febr. 1838 abgeschlossenen Vertrag, der im Wesentlichen Folgendes enthielt.

Kläger hat dem Beklagten 3000 bis 4000 Wannen Kohlen von dessen Kohlplatz auf das herrschaftliche Eisenwerk zu N. zu führen, und erhält per Mann 18 kr. Fuhrlohn. — Es sollen alle zwei Tage 4 bis 5 Fuder Kohlen geführt werden, und das Fuhrwerk soll Anfangs Mai seinen Anfang nehmen.

Dabei trug er vor, es sei verabredet worden, daß Kläger auf jeweilige Aufforderung der vom Beklagten bestellten zwei Köhler fahren solle, dies habe er denn auch gethan, allein es habe sich ergeben, daß wegen Mangels an Kohlenvorrath das Fuhrwerk erst am 20. Juni seinen Anfang nahm, und daß auch nach einmal begonnenem Fuhrwerk nicht alle 2 Tage das verabredete Quantum geführt werden konnte, vielmehr öfters Unterbrechungen stattfanden.

Da nun aber er, Kläger, vom 1. Juni an sein Fuhrwerk immer parat halten mußte, und damit anderweiten Verdienst nicht machen konnte, so fordere er den Betrag dessen, was er an diesen sogenannten Rasttagen bei wirklichem Kohlenvorrath verdient haben würde, als Entschädigung.

Daß an diesen Tagen die Fuhren nicht wirklich geleistet wurden, könne der Beklagte ihm nicht entgegenhalten, weil er es war, der für den Kohlenvorrath zu sorgen hatte, mithin zufolge Landrechtsatz 1178 die Bedingung, unter welcher Beklagter vertragsmäßig zur Fuhrlohnzahlung verpflichtet war, zum Vortheil des Klägers als erfüllt gelte.

Zugleich wird angeführt, daß Beklagter selbst dem Kläger außergerichtlich eine Entschädigung von 6 fl. für jeden versäumten Tag angeboten habe, und für den Fall, daß der Richter die zuvor entwickelte Klage nicht für begründet halten sollte, auf diesen Entschädigungsbetrag der Antrag gestellt.

Das Amt verwarf diese Klage aus dem Grunde, weil vom Kläger nicht behauptet wurde, daß und wie er den Beklagten jeweils in Verzug gesetzt habe.

Auf Appellation bestätigte das Hofgericht aus folgenden

Gründen.

In dem Vertrag vom 22. Februar 1838, wie solchen beide Theile anerkennen, ist die Bestimmung nicht enthalten, daß der Beklagte sich gegen den Kläger verbindlich mache, vom Beginn des Fuhrwerks an alle 2 Tage 4 bis 5 Fuder Kohlen zur Abfuhr bereit zu halten, denn wenn am Schluß der Vertragsurkunde die Worte vorkommen und allen andern Tag „4 — 5 Fuder“, so hat dies nach der Natur des Rechtsgeschäfts und nach den sonstigen Bestimmungen der Uebereinkunft, nur die Bedeutung, anzugeben, wie viel ungefähr der klagende Fuhrmann alle 2 Tage führen müsse, wollte der Fuhrmann auch zu seinen Gunsten eine Verbindlichkeit des Beklagten ihm so viel Kohlen immer parat zu halten, stipulirt haben, so mußte er für einen deutlichen Ausdruck sorgen, und die Vermuthung des Landrechtsatz 1162 spricht jetzt gegen ihn.

Eben dasselbe gilt von der Schlußbestimmung des Vertrags, daß das Fuhrwerk Anfangs Mai seinen Anfang nehmen solle, es kann auch hier aus den Worten des Vertrags eine Intension der Contrahenten nicht entnommen werden, daß vom 1. Mai oder einem andern Tag an, dem Kläger alle 2 Tage der Fuhrlohn für 4 — 5 Fuder Kohlen bezahlt werden solle, ob er solche wirklich führe oder durch Mangel an Vorrath zu führen verhindert sei.

Daß beide Theile nicht diesen, sondern lediglich den Sinn hatten, ungefähr die Zeit anzugeben, in welcher die gemiethete Dienstleistung beginnen und fortgesetzt werden solle, ergiebt sich aus dem Umstande, daß, wie Kläger in der Klagschrift (S. 7) selbst sagt, und Beklagter bestätigt:

> der Kläger vom Beklagten angewiesen war, auf jeweilige Aufforderung der vom Beklagten bestellten zwei Köhler zu fahren, und daß er auch auf diese jeweilige Aufforderung gefahren sei.

Digitized by Google

Giebt man aber auch dem Vertrag die Auslegung, daß dadurch der Beklagte verpflichtet werden sollte, dem Kläger vom 1. Mai 1838 an alle 2 Tage 4—5 Fuder Kohlen zur Verführung zu übergeben, und sodann für die geleisteten Fuhren den bedungenen Preis zu zahlen, so wäre zu Begründung der Klage aus Landrechtsatz 1178 die thatsächliche Anführung nöthig gewesen, daß Kläger vom 1. Mai 1838 an alle 2 Tage und namentlich auch an den sogenannten Rasttagen sich mit den bestellten Fuhren an Ort und Stelle eingefunden habe, aber unverrichteter Dinge wieder abziehen mußte.

Dies hat er aber nur nicht, sondern wie zuvor bemerkt, ganz Entgegengesetztes behauptet, es erscheint deshalb die Klage auch aus diesem Gesichtspunkt nicht begründet.

Brauer VI. Nr. 98. Delvincourt u. Boileux ad art. 1178.

Die Klage als Entschädigungsklage betrachtet, ist nicht begründet, weil nicht nach Maaßgabe der Landrechtsätze 1139 u. 1146 folgende Verzugsetzung behauptet wurde, und der Ausnahmsfall des Artikel 1146 nicht vorliegt.

Wenn endlich Kläger eventuell seine Klage auf die Thatsache stützt, daß der Beklagte ihm für jeden Rasttag eine Entschädigung von 6 fl. versprochen habe, so steht der Begründung dieser Klage im Wege, daß er nicht eine gegenseitige Uebereinkunft auf diese Entschädigung, sondern blos ein von ihm nicht angewiesenes Anbieten des Gegentheils behauptet, was für sich allein noch keine Vertragsverbindlichkeit begründet.

Tr.

V.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Auslegung des Gesetzes über Haltung des Faselrechts §§. 6. 7. 8. Prozeßordnung §. 550.

J. S.

fiscus gegen Ettenheim,

Schweinfaselhaltung betreffend.

Der fiscus, welchem bisher die Verbindlichkeit oblag, der Gemeinde Ettenheim einen Schweinfasel zu halten, bot ihr außergerichtlich ein Ablösungscapital von 600 fl., sie verweigerte dessen Annahme und begehrte 1800 fl.

Der fiscus klagte auf Verurtheilung der Gemeinde zu Uebernahme der Last gegen 600 fl., die Gemeinde bat um Abweisung dieser Klage und Verurtheilung des fiscus zur Zahlung von 1800 fl.

Beide Theile waren darüber einig, daß der fiscus in den durch §. 6 des Faselgesetzes bestimmten Normaljahren die Last in der Weise verpachtet hatte, daß der Pächter bestimmte Güter gegen die Verbindlichkeit, den Schweinfasel zu halten, und jährlich 45 fl. Pachtgeld zu zahlen, in Genuß erhielt.

Beide stellten deshalb den Antrag, daß durch Experten der volle Pachtwerth, welchen jene Güter in den Normaljahren hatten ausgemittelt, und sodann durch Abzug des bezahlten Pachtguldens der wirkliche durchschnittliche Aufwand des Belasteten festgestellt werde.

Das Amt ordnete aber Abschätzung nach Maaßgabe des §. 8 des Faselgesetzes an, und nachdem die Experten auf diesem Wege die Last zu 2300 fl. capitalisirt hatten, verurtheilte es den klagenden fiscus,

die so eben genannte Summe als Ablösungscapital zu zahlen.

Hiergegen appellirte Kläger und stellte seine Hauptbeschwerde dahin auf, daß nicht nach Maaßgabe der §§. 6 und 7 des Faselgesetzes die Abschätzung des Pachtwerthes der für die Faselast in Genuß gegebenen Güter, sondern nach Maaßgabe des §. 8 der Abschätzung des vermuthbaren Aufwandes vorgenommen wurde.

Der Gerichtshof hielt diese Beschwerde für begründet, und erließ deshalb folgende

Vorverfügung.

In Erwägung, daß das Gesetz vom 3. August 1837 in den §§. 6, 7 und 8 die Absicht klar ausspricht, daß den Gemeinden für die Uebernahme der Last, das Faselvieh zu halten, nicht das Capital des dermaligen jährlichen Kostenaufwandes, sondern das Capital des Aufwandes, welcher durchschnittlich in den §. 6 bestimmten Normaljahren erforderlich war, bezahlt werden solle.

In Erwägung, daß dieser Absicht des Gesetzgebers gemäß immer die Abschätzungsweise gewählt werden muß, welche am meisten geeignet ist, die in den Normaljahren von dem Belasteten wirklich für die Faselhaltung aufgewandten Kosten zu ermitteln; wie denn auch der §. 6. Abschnitt 2 ausdrücklich vorschreibt, daß da, wo die über solchen Aufwand vorliegenden Beweise mangelhaft sind, solcher Mangel durch Schätzung ergänzt werden solle.

In Anbetracht nun, daß im vorliegenden Falle nach der übereinstimmenden Versicherung beider Theile während den Normaljahren der belastete fiscus bestimmte Güterstücke gegen 45 fl. Geld und die Verbindlichkeit, den Schweinfasel zu halten, in Pacht gegeben hat, daß mithin der wirklich stattgehabte Aufwand sich einfach herausstellt, wenn der wirkliche volle Pachtwerth jener Güterstücke im Weg der Schätzung noch ermittelt wird.

In Erwägung endlich, daß die beklagte Gemeinde sowohl in der Vernehmlassung als in der Widerlegungsschrift ausdrücklich auf solche Abschätzung den Antrag gestellt, und Kläger sich damit in der Behauptungsschrift einverstanden

Digitized by Google

erklärt, auch in der gegenwärtigen Instanz seine Hauptbeschwerde darein gesetzt hat, daß nicht diese Abschätzung, sondern die durch §. 8 des Faselgesetzes vorgeschriebene vom Unterrichter angeordnet wurde.

In Anbetracht der Prozeßordnung §. 550, wornach der Richter auf den Antrag nur einer Parthei eine nochmalige Abschätzung anordnen kann, wenn nicht der richtige Gegenstand begutachtet worden ist,

wird eine Abschätzung des Pachtwerthes der befragten für die Faselhaltung in Genuß gegebenen Güterstücke, in den der Aufkündung unmittelbar vorhergegangenen 15 Jahren angeordnet, und werden die Theile aufgefordert, binnen 3 Wochen die Sachverständigen, auf welche sie übereingekommen sind, anher anzuzeigen, der deren Ernennung von Amtswegen auf den Antrag eines Theils zu gewarten. Tr.

VI.

Oberhofgericht.

Eideszuschiebung über Insinuationen. (Annalen 1841. Nr. 16.)

Ich habe l. c. eine Entscheidung des Hofgerichts des Unterrheinkreises erster Instanz mitgetheilt, wornach die Eideszuschiebung an den Appellanten, ob ihm nicht das Urtheil erster Instanz durch den Gerichtsboten zu der und der Zeit zugestellt worden sei, als unzulässlich verworfen wurde.

Der höchste Gerichtshof dagegen hat inzwischen — eine andere Ansicht theilend — auf den zugeschobenen Eid erkannt und davon die Bestätigung oder Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils (dessen l. c. angegebene Gründe im Uebrigen adoptirt wurden) abhängig gemacht. Die Gründe sind:

In Erwägung, daß zwar nach §. 383 der Prozeßordnung, verglichen mit §. 267 u. ff., die erfolgte Behändigung des Urtheils der Regel nach durch den vom verpflichteten Gerichtsboten darüber auszustellenden Insinuationsschein bewiesen wird, daß jedoch in dem Fall, wenn diese Beurkundung verloren ist, oder aus irgend einem anderen Grunde sich nicht bei den Akten befindet, andere Beweismittel nicht ausgeschlossen sind, weil die Prozeßordnung nirgends verordnet, daß die Beurkundung durch den Gerichtsboten das einzige und allein zulässige Beweismittel sei *), sohin unter jener Voraussetzung die Thatsache der erfolgten Behändigung unter die Regel des Landrechtsatz 1316 u. ff. und des §. 408 der Prozeßordnung fällt, wornach man sich zum Beweise einer jeden Thatsache aller sonst überhaupt zulässigen Beweismittel, also namentlich auch der durch Landrechtsatz 1358 und §. 568 der Prozeßordnung für jede Art der Streitigkeiten als zulässig erklärten Eideszuschiebung bedienen darf.

Die praktische Wichtigkeit des hier ausgesprochenen Grundsatzes wird es zur Genüge rechtfertigen, wenn ich noch einige Bemerkungen beifüge, um diese Frage auf den richtigen Standpunkt zu führen, und so der Praxis die Wahl zwischen beiden Ansichten zu erleichtern. Oder wer könnte leugnen, daß der Grundsatz, um den es sich hier handelt, von enormer Wichtigkeit ist? Nicht allein die Eidesdelation über Insinuationen, welche oft gar nicht und noch häufiger mangelhaft beurkundet sind, steht in Frage, sondern der Grundsatz führt dazu, daß über den Inhalt ganzer Prozeßverhandlungen (Akten) der Eid zugeschoben werden kann, wenn solche nicht vorhanden sind. Sagt man nämlich einmal, die Eidesdelation ist über prozessualische Vorgänge und Thatsachen zulässig, wo ist die Gränze? Vor allem hat man zwei Dinge wohl zu unterscheiden, nämlich:

1) Den Fall, wo die Gerichtsakten — wozu doch gewiß der Insinuationsschein gehört — gänzlich oder theilweise verloren gegangen sind, und der eine Theil von dem Rechte der Herausforderung der Manualakten Gebrauch macht, um durch dieselben die prozessualischen Vorgänge zu beweisen. Es unterliegt z. B. keinem Zweifel, daß die Parthei da, wo der Insinuationsschein verloren ist, das Recht hat, vom Gegentheil die Herausgabe derjenigen Piéce zu fordeen, die diesem zugestellt worden ist, und auf welcher nach §. 267 die Beurkundung der Zustellung sich gleichfalls befinden muß, allein

2) wesentlich hievon verschieden ist der weitere Fall, wo die Parthei über die Wahrheit derjenigen Thatsache einen Eid zuschieben will, welche im Falle 1. durch — zu edirende — Urkunden bewiesen werden soll, und wo es sich nur um den Editionseid handeln kann.

Die Zulässigkeit der Eidesdelation über ein solches Factum hängt von zwei Fragen ab:

a) ob die landrechtlichen Bestimmungen über den Eid und die dieselben lediglich wiederholende — aber weder ausdehnende noch beschränkende Bestimmung des §. 568 der Prozeßordnung überhaupt auf Prozeßhandlungen und Prozeßvorgänge bezogen werden dürfen?

Das Hofgericht hat schon diese Frage verneint und fast mit den nämlichen Worten in den Entscheidungsgründen hat der Gerichtshof zu Grenoble (Sirey 1839. II. 415) die Artikel 1316 und 1358 auf gleiche Weise interpretirt. So allgemein auch, heißt es dort, die Worte der Artikel des Code über die Eideszuschiebung lauten, so befinden sich

*) Anmerkung. Sollte man nicht umgekehrt fragen, ob die Prozeßordnung verordne, daß nebst den ausdrücklich statuirten Beweismitteln noch andere zulässig seien? Den „qui dicit de uno negat de altero“ insolonge nicht ein anderes aus Wort und Geist des Gesetzes folgt.

Digitized by Google

diese Bestimmungen doch im 6. Kapitel 3. Buch „von dem Beweise der Verbindlichkeiten und Zahlungen“ und sie könne daher allein hierauf und auf die verschiedenen Arten Eigenthum zu erwerben, bezogen werden.

Das Oberhofgericht hat nun aber diese Frage bezahlt, und wenn diese Ansicht anders Bestand hält, so werden wir alsbald den ohnedies übertriebenen Eideszuschiebungen ein weiteres, der Chikane ganz besonders günstiges Feld eröffnet sehen, namentlich in den Fällen, wo ein derartiges Aktenstück nicht ganz formgerecht abgefaßt ist. Ja! der Richter muß sich in allen diesen Fällen sogar die Frage aufwerfen, ob er denn nicht verpflichtet sei, auf einen Notheid über die Foemalien zu erkennen, wo eine Beurkundung einen Mangel hat!

b) Wollte man aber auch die landrechtlichen Bestimmungen in der That so ausdehnend interpretiren, wie es gewiß den Gesetzgeber bei Abfassung des Code weitlos nicht in den Sinn gekommen ist, so hat man doch noch eine weitere Frage zu beantworten, nämlich die Frage, ob denn der Akt der Insinuation eine reine eigene Handlung desjenigen sei, der schwören soll? ob namentlich die Beobachtung und das Dasein der Formalitäten, welche zu einer gültigen, und darum allein erheblichen Insinuation erforderlich sind, auf den Eid gegeben werden können?

Ich habe mich darüber in dem früheren Aufsatze ausgesprochen und weiß über diese Frage um so weniger etwas beizufügen, als in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen hierüber keine Sylbe enthalten ist.

Nicht umhin kann ich, bei dieser Gelegenheit noch eines Unfugs zu gedenken, der mit den Insinuationsscheinen häufig getrieben wird. Es ist nämlich schon oft vorgekommen, daß man da, wo ein Botenschein in den Akten fehlte, ohne Weiteres den Gerichtsboten angewiesen hat, einen solchen auszustellen. Besitzt der Gerichtsbote ein glaubhaftes Botenbuch, d. h. eine glaubwürdig abgefaßte Sammlung der einzelnen von ihm besorgten Insinuationen, so leidet es keinen Zweifel, daß er auf Verlangen einen Auszug fertigen oder dieses Buch selbst vorlegen kann, und daß damit dem Mangel abgeholfen ist. Ganz anders verhält es sich aber da, wo man dem Gerichtsboten zumuthen will, erst nachträglich eine Beurkundung über einen Akt auszustellen, der vielleicht schon vor Monaten stattgefunden hat. Wer in aller Welt kann einer solchen Beurkundung legend einen Glauben schenken, wer kann sie eine im Sinne der Prozeßordnung abgefaßte Bescheinigung nennen? Diese muß zu der Zeit ausgestellt werden, wo der Insinuationsakt selbst stattfindet, und jede nachträgliche Beurkundung ist rechtlich ohne Werth. Es ist auch schon vorgekommen, daß Gerichtsboten in solchen Fällen jeder Parthei ein anderes Datum in die Urkunde geschrieben haben. Stabel.

VI.

Ueber Fixation der auf der Rolle stehenden Rechtsstreitigkeiten.

Es ist betrübend, wahrzunehmen, daß oft die größten Uebelstände, welche durch eine ganz einfache Manipulation beseitigt werden könnten, Jahre lang fortdauern und aller angewandten Mühe ungeachtet sich erhalten. Einer der größten Uebelstände im Prozeßverfahren ist gewiß die Langsamkeit, daher ist eine Manipulation unstreitig zu loben, welche einen Rechtsstreit ein, zwei oder mehrere Jahre früher zu seinem Ziele führet; diejenige dagegen zu tadeln, welche ihn Jahre lang hinauszieht. Es giebt Prozesse, welche nur einmal mündlich verhandelt und dann sofort endlich entschieden werden, andere, welche oft drei, vier, fünf und mehreremale mündlich verhandelt werden müssen, bevor ein Endurtheil erlassen werden kann, z. B. alle diejenigen, welche vor die Hofgerichte in erster Instanz kommen, oder welche von der ersten Instanz als unstatthaft abgewiesen, dagegen von der zweiten als statthaft verhandelt werden. Nach der jetzigen Verfahrungsweise müssen diese letzteren jedesmal wieder mit einer neuen Nummer auf die Rolle gesetzt, abwarten, bis die Reihe sie trifft, und liegen daher oft drei, vier, fünfmal mehrere Monate lang schlafend. In Frankreich, Rheinbaiern und Rheinpreußen behält dagegen jede Sache ihre ursprüngliche Rollennummer, kömmt also sofort, nachdem sie wieder in die Rolle aufgenommen worden, auch zur Verhandlung, und hat demnach nur einmal, nicht vier bis fünfmal zu ruhen. Der Vortheil dieser letzten Verfahrungsweise ist so einleuchtend, daß ich in der That weiterer Gründe dafür anzuführen nicht für nöthig erachte. Nur auf einen Punkt erlaube ich mir noch aufmerksam zu machen, nämlich, daß auch dem Gerichtshofe eine Sache, welche im Laufe weniger Wochen mehreremale vor ihm verhandelt wird, leichter überschauen wird, als wenn die Verhandlungen im Laufe von Jahren sich nach und nach folgen. Allerdings werden durch bevorzugte Fixation dieser langwierigen Prozesse die anderen etwas zurückgesetzt. Allein es ist gewiß mehr Grund vorhanden, einen langwierigen, als einen kurzen Prozeß zu beschleunigen, insbesondere wenn auf der einen Seite Jahre gewonnen, und auf der anderen nur Wochen dafür verloren werden. Es wäre sehr wünschenswerth, wenn das hohe Justizministerium ins Mittel treten wollte.

v. Struve.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 18. September 1841.

I.

Rechtsfall.

Hofgericht Rastatt.

Ist der §. 415 der Prozeßordnung durch den Art. 5 der Prozeßnovelle aufgehoben, und hat daher der Richter bei versäumter Beweis- oder Gegenbeweisantretung alsbald mit dem Ausspruch des Versäumnisses das Endurtheil zu erlassen, insofern sonst die Verhandlung über alle entscheidende Thatsachen als geschlossen betrachtet werden kann.

Dem Kläger war der Beweis der eingeklagten Forderung auferlegt worden. Er versäumte die Beweisantretung, und wurde auf Anrufen des Beklagten mit dem Beweis allein nach § 415 der Prozeßordnung ausgeschlossen. Nach Ablauf der Wiederherstellungsfrist ward das Endurtheil gegeben. Dagegen appellirte der Kläger, und behauptete die Zulässigkeit seiner Appellation, weil keine Versäumniß vorliege, indem der Unterrichter nicht das gesetzliche Verfahren des Artikel 5 der Prozeßnovelle eingehalten, nämlich nicht alsbald auf die versäumte Beweisantretung das Endurtheil ausgesprochen habe. Der §. 415 der Prozeßordnung seie durch den Artikel 5 der Prozeßnovelle aufgehoben.

Ueber die Abweisung des Appellanten kam es zu einer einhelligen Meinung. Allein aus verschiedenen Gründen. Die Einen erachteten, daß der §. 415 der Prozeßordnung durch den Artikel 5 der Prozeßnovelle nicht aufgehoben seie, demnach das ergangene Endurtheil als ein den gesetzlichen Formen gemäßes Versäumnißerkenntniß betrachtet werden müsse. Die Andern dagegen erachteten den §. 415 der Prozeßordnung als aufgehoben. Sie hielten jedoch dafür, daß man die beiden Erkenntnisse des bloßen Ausschlusses und des daraufhin ergangenen Enderkenntnisses vereinigen müsse, und da der Kläger auch von der Zeit des Letztern an gerechnet die Beweisantretung versäumt habe, so seie er doch als contumax zu betrachten.

Indem nun hier der Nachweis versucht werden soll, daß der §. 415 der Prozeßordnung nicht durch die Prozeßnovelle aufgehoben worden ist, so muß deshalb als oberster Grundsatz der aufgestellt werden, daß eine Novelle zu einem Gesetz an diesem nur das abändert, was sie zufolge ihres ausdrücklichen Wortlauts entweder anders bestimmt, oder gänzlich aufhebt und außer Kraft setzt.

Davon ausgegangen, so besteht die Vorschrift des §. 415 der Prozeßordnung als eine eigenthümliche Vorschrift des Verfahrens bei Versäumnissen. Diese besondere Vorschrift der Prozeßordnung ist in der Prozeßnovelle nicht besonders aufgehoben worden, und besteht daher nach dem oben aufgestellten Grundsatz noch fort.

Man wird zwar sagen: nicht nur das, was eine Novelle an einem Gesetze ihrem Wortausdruck nach ändert, muß als aufgehoben erachtet werden, sondern auch das gilt als aufgehoben, was von den Bestimmungen des ältern Gesetzes überhaupt in den Kreis der Vorschriften der neuern Novelle fällt, und was durch die Veränderungen dieser neuen Vorscheiften gegenüber denen des ältern Gesetzes folgeweise abgeändert erscheint. Man wird hierauf gestützt behaupten: der §. 415 der Prozeßoednung war trotz seines Standpunkts unter dem 20. Titel vom Beweise doch nur eine Vorscheift des 30. Titels von den Versäumungserkenntnissen. Gerade die in diesem Titel enthaltenen, die Versäumungserkenntnisse allgemein erfassenden §. 670. 671. 672 sind durch den Artikel 5 der Prozeßnovelle aufgehoben und abgeändert worden, und diese Abänderung gilt daher noch um so mehr auch gegen den §. 415 der Prozeßordnung, als sogar im abgeänderten frühern §. 671 der Prozeßordnung sich ausdrücklich auf den Fall des §. 415 der Prozeßordnung bezogen war, demnach die Abänderung des §. 671 der Prozeßordnung auch die Abänderung des §. 415 ausdrücklich enthält.

Aus mehr denn einem Grund wird man aber dieses nicht annehmen dürfen.

Vorerst ist anzuerkennen, daß die Prozeßnovelle nichts weniger als unbestimmt ist, sondern daß sie mit vieler Umsicht

Digitized by Google

den Kreis ihrer Vorschriften auffaßt, und darin nicht nur das ändert, was unmittelbar der Gegenstand ihrer ursprünglichen Veränderungen ist, sondern daß sie zugleich da die nöthig erachteten Veränderungen trifft, wo eine von ihr abgeänderte Vorschrift der Prozeßordnung bestand, welche folgeweise über andere Vorschriften der Prozeßordnung berühete. Der von der Prozeßnovelle aufgehobene §. 391 der Prozeßordnung stand in einem Bezug auf den §. 1175. 1238. und 719 der Prozeßordnung, und ebendeßhalb bestimmte die Prozeßnovelle in ihren Artikeln 4 und 8 dasjenige, was sie in Folge ihrer Veränderung an dem §. 391 auch an diesen §. 1175. 1238. 719 der Prozeßordnung abgeändert wissen wollte. Hätte also die Prozeßnovelle in ihrer Abänderung des §. 671 auch den §. 415 der Prozeßordnung abändern wollen, so hatte sie dieses gewiß ebenso ausdrücklich gethan, als wie sie es in diesen §. der Prozeßordnung gethan hat. Ein Uebersehen des Gesetzgebers ist aber gerade hierin um so weniger anzunehmen, als ja der § 671 der Prozeßordnung einen ausdrücklichen Bezug auf den §. 415 enthält, und man daher nicht daran denken kann, daß er dem Gesetzgeber entgangen wäre.

Aber auch abgesehen davon, so folgt aus der Abänderung des §. 671 und aus dem ihn jetzt vorstellenden §. 670 des Art. 5 der Prozeßnovelle doch keine Aufhebung des §. 415 der Prozeßordnung. Man kann es allerdings zugeben, daß die §. 670. 671 die allgemeinen Vorschriften über Versäumnißerkenntnisse umfassen. Allein ebendeshalb besteht alsdann die Vorschrift des §. 415 als eine besondere Gesetzesvorschrift, und so wenig ein allgemeines Gesetz ein besonderes abschafft, ebensowenig kann eine Veränderung des allgemeinen Gesetzes da eine Veränderung des besondern Gesetzes zur nothwendigen Folge haben, wo die darin enthaltene Vorschrift noch an und für sich ausführbar ist. Dieses ist aber bei dem §. 415 schlechthin der Fall. Der die Abänderung des §. 671 enthaltende neue §. 670 giebt dem Richter bei Versäumnissen zwei Wege seiner Verfügungen, entweder soll er nur ein einfaches Dekret oder aber alsbald ein Enderkenntniß erlassen. Der §. 415 schreibt dagegen bei der besondern Versäumniß der Beweis- oder Gegenbeweisantretung vor, daß hier zuerst nur die Versäumniß der Beweisantretung ausgesprochen, und erst nach abgelaufener Wiederherstellungsfrist das Endurtheil gegeben werden soll. Dieser Gang der Dinge, d. h. das Versäumungserkenntniß als alleiniges richterliches Dekret, und das Versäumungserkenntniß als das in der Sache selbst entscheidendes Endurtheil ist auch nach dem abgeänderten §. 671 der Prozeßordnung in der Novelle noch zulässig, und wenn also die Novelle den Gang der Dinge nach §. 415 an sich nicht aufgehoben hat, so ist nicht einzusehen, warum er für den besondern Fall des §. 415 folgeweise als aufgehoben erscheinen soll, und zwar hier stillschweigend, während die Novelle in andern Fällen solche folgeweise Aufhebungen ausdrücklich erläßt.

Bei Abänderungen eines Gesetzbuches durch dergleichen Novellen wie die zur Prozeßordnung ist, muß man sich das abgeänderte Gesetz in das Gesetzbuch hineindenken, als wäre es von Anfang an darin gestanden und dann muß man die wenn schon äußerlich verschiedenen Bestimmungen des ganzen Gesetzbuchs zu einander stellen, man muß sie unter sich so lange als möglich vereinbaren, und darf erst alsdann eine oder die andere ausstoßen, wenn ein ganz unvereinbarer Widerspruch unter ihnen besteht. Dieses tritt hier in keiner Weise ein. Der neue §. 670 ist die allgemeine Regel, und der §. 415 ist die Ausnahme davon, und beides gilt deshalb in seinem Preis. Der ursprüngliche §. 671 enthielt dem Wesen nach gerade die im neuen §. 670 nur mehr verdeutlichte Vorschrift desselben. Hätte nun der §. 671 auch nicht ausdrücklich die Ausnahme des §. 415 angeführt, so wäre diese Ausnahme doch bestanden, und gewiß wäre es Niemanden eingefallen, zu behaupten, daß wegen der allgemeinen Vorschrift des §. 671 nunmehr die besondere des §. 415 nicht bestehen könne. Alsdann besteht sie aber auch noch gegen den neuen §. 670, denn zum Bestehen einer Ausnahme einer allgemeinen Regel gehört nicht, daß sie einmal als Ausnahme irgendwo gesetzt, und alsdann bei Feststellung der allgemeinen Regel wieder als eine Ausnahme angeführt wird, sondern es genügt ihre einmalige Festsetzung.

Es mag zwar richtig sein, daß man einen durchgreifenden Grund dieser Ausnahme nicht nachweisen kann, das macht aber dem Bestand der Ausnahme selbst nichts aus — non omnium, quae constituta sunt, ratio reddi potest. Bedenkt man jedoch, die Vorschrift des §. 406, wonach der Richter bei Fassung seines Endurtheils und im Laufe der Beweisverhandlungen für sich von dem gefällten Beweiserkenntniß wieder abgehen kann, so könnte man einen Grund der Ausnahme des §. 415 in diesem §. 406 finden. Denn wenn der Richter auf das erste Anrufen bei der versäumten Beweisantretung nicht nur den Ausschluß dieser Beweisantretung aussprechen, sondern auch alsbald das Enderkenntniß geben soll, so wird er nicht so leicht auf eine abermalige sorgfältige Erwägung seines gefällten Beweiserkenntnisses zurückgehen, als wenn er nach dem §. 415 eine 14tägige Frist dazu von dem Ausschluß der Beweisantretung hat.

Daß übrigens die Appellation bei dergleichen Versäumungserkenntnissen auf die nicht erfolgte Beweisantretung trotz der Vorschrift des §. 1178 der Prozeßordnung an sich zulässig ist, wenn der Appellant in seiner Appellationsbeschwerdeschrift die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des gefällten Beweiserkenntnisses behauptet, darüber war man

Digitized by Google

einverstanden, denn wenn das Beweiserkenntniß an sich unrichtig oder unvollständig war, so beruht das darauf gebaute Versäumungserkenntniß nicht auf Rechten, und seine Nachtheile sind daher nicht den Rechten gemäß. Sanden.

Anmerkung.

Bei Erlassung der Novelle wollte man allerdings nur die einzelnen darin erwähnten Artikel der Prozeßordnung ändern, alle übrigen aber in ihrer Kraft belassen; und wo man fand, daß eine beabsichtigte Aenderung nun auch die Modifikation eines andern Artikels zur Folge habe, wurde die Aenderung des letztern speziell aufgenommen. So wäre es also lediglich als ein Versehen zu betrachten, wenn bei der Annahme, daß der neugefaßte §. 670 auch auf den §. 415 wirke, die spezielle Aenderung des letztern unterblieben wäre.

Die Novelle hat daher auch gar nicht die Form eines gewöhnlichen Gesetzes, das für sich selbst eigene Bestimmungen giebt, sondern es ist darin nur gesagt, wie die genannten §§. der Prozeßordnung künftig anders als bisher lauten sollen.

Wenn ein neuer Abdruck der Prozeßordnung gemacht würde, so würden die fraglichen §§. so, wie sie nach der Novelle nun lauten sollen, darin eingetragen, und die Novelle als besonderes Gesetz fiele dann ganz weg. Darnach ist das Gesetzbuch im Ganzen so anzunehmen, wie wenn die gedachten §§. von Anfang an so gelautet hätten, wie sie jetzt lauten. Wäre aber der neue §. 670 neben dem alten §. 415 sogleich anfänglich im nämlichen Gesetzbuch gestanden, so könnte man doch nicht annehmen, daß der Letztere durch den Erstern aufgehoben sei. Beide stehen neben einander, und man muß sie in der Auslegung mit einander zu vereinigen suchen, was geschieht, wenn man den allgemeinen §. 670 als die Regel und den singulären §. 415 als eine Ausnahme behandelt.

Von einer allgemeinen Aufhebung des §. 415 durch den neuen §. 670 könnte aber schon nach dem Inhalte des Letztern keine Rede sein. Der §. 670 setzt, wenn das Versäumungserkenntniß schon in der Sache selbst entscheiden soll, voraus, daß mit dem Ausschlusse der säumigen Partei die Verhandlung schon über alle entscheidenden Thatsachen als geschlossen betrachtet werden könne. Dies ist aber bei dem Ausschlusse mit der Beweisantretung nicht immer der Fall. Wurde z. B. dem Kläger der Beweis des Klaggrundes, dem Beklagten aber der Beweis einer Einrede auferlegt, und der Letztere mit seiner Beweisantretung ausgeschlossen, so kann in der Hauptsache noch nichts entschieden werden, denn es sind jetzt erst die vom Kläger über den Klaggrund angetretenen Beweise zu erheben, und einstweilen wird der Beklagte mit dem Beweise seiner Einrede lediglich ausgeschlossen. Ja es kann selbst, wenn nur einer Partei der Beweis auferlegt wird, nach dem Ausschlusse derselben noch eine weitere Verhandlung nöthig werden. Hat dieselbe nämlich auf zulässige Art Beweise antizipirt, der Richter aber solche nicht für genügend gehalten, und deshalb am Schlusse des ersten Verfahrens nach §. 393 eine Beweisauflage gemacht, so ist im Falle eines Ausschlusses mit der Beweisantretung wieder auf die antizipirten Beweise zurückzukommen. Dieselben sind nöthigenfalls erst zu erheben, und es ist dann weiter darüber zu verhandeln.

Auch scheibt der §. 415 den Ausschluß mit der Gegenbeweisantretung vor. Es ist aber einleuchtend, daß, wenn die Beweisanteetung eingekommen oder die Frist dazu verlängeet ist, mit dem Ausschlusse der Gegenbeweisantretung noch nichts in der Hauptsache entschieden werden kann, sondern vorerst das Verfahren über die Beweisantretung fortgesetzt und beendigt werden muß.

In allen diesen Fällen könnte also immer nur die Vorschrift des §. 415 zue Anwendung kommen, selbst wenn man sonst die Regel des neuen §. 670 im Allgemeinen auch bei dem Ausschluß der Beweisantretungen für maßgebend hält. Dem Richter stünde also jedenfalls das Ermessen zu, ob die Verhandlungen mit dem Ausschluß der Beweisantretung als geschlossen zu betrachten seien, und wenn er nun nach diesem Ermessen nicht sogleich in der Hauptsache erkennt, sondern die säumige Partei vor der Hand nue mit der Beweisantretung ausschließt, so könnte man dieses Versäumungserkenntniß doch in keinem Falle in der Art für gesetzwidrig halten, daß dasselbe nun in Bezug auf den Ausschluß, wenn keine Restitution rechtzeitig nachgesucht wird, gar nicht eechtskräftig würde.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß diese Rechtskraft keine andeee, als die im Versäumungseekenntniß selbst ausgesprochene Wirkung hat, daß der Beweisführer mit dem ihm auferlegten Beweise ausgeschlossen ist. Hält der Oberrichter dafür, daß derselbe gar nicht beweispflichtig sei, odee daß ihm ein anderer Beweis obliege, der ihm nicht auferlegt, mit dem er also auch nicht ausgeschlossen wurde, so muß in der höhern Instanz ein neues Beweiserkenntniß erlassen werden, und der Ausschluß mit dem unrichtig auferlegten Beweise kann in der Sache nichts entschriden. D. Red.

II.

Welche Verfügung ist auf eine mangelhafte Beweisantretung zu erlassen.

In diesen Blättern ist schon zweimal die Frage zur Sprache gekommen, mit welcher Verfügung die Beweisantretung der Gegenpartei mitgetheilt werden solle?

Annalen V. Nr. 40, VII. Nr. 25.

Digitized by Google

Hingegen ist die oben aufgeworfene Frage noch nie Gegenstand einer allgemeinen Untersuchung geworden, obgleich jeder Richter fast täglich in den Fall kommt, sich solche zu beantworten.

In den Beweisantretungsschriften erscheinen nämlich hie und da folgende Mängel und Gebrechen:

I. der Beweis ist nicht über alle Punkte des Beweiserkenntnisses angetreten. †)

II. Hinsichtlich der einzelnen Beweismittel:

1) bei dem Urkundenbeweis:

a. die Urkunden sind weder urschriftlich noch abschriftlich vorgelegt, noch ist deren wesentlicher Inhalt angegeben. §. 416, 419, 428.

b. Das Gesuch um Anordnung einer Produktionstagfahrt oder um Aufsuchung oder Requisition der Urkunden und um Vorlegung derselben ist nicht gestellt. §. 416, 426.

2) Bei dem Zeugenbeweis:

a. Name oder Wohnort oder Stand der Zeugen ist nicht angegeben, §. 459.

b. Beweisartikel sind nicht beigebracht, §. 459.

3) Bei dem Beweis durch Sachverständige:

a. ist nicht gesagt, ob die Parteien über die Person der Sachverständigen übereingekommen oder aber die Sachverständigen von dem Richter zu ernennen seien. §. 537, 538.

b. Die Punkte, worüber die Sachverständigen vernommen werden sollten, sind nicht bezeichnet. §. 538.

4) Bei dem Beweis durch Augenschein:

das Gesuch um Vornahme eines Augenscheins ist nicht gestellt, der Gegenstand der Beaugenscheinigung nicht bezeichnet und die Beweissätze, die dadurch dargethan werden sollen, sind nicht angeführt. 553.

5) Bei dem Haupteid:

a. die Eidesformel ist nicht beigefügt oder die beigefügte fehlerhaft. §. 578, 581.

b. Eine Spezialvollmacht ist nicht beigebracht. §. 564, 142[5].

Welche Verfügung ist nun auf eine Beweisantretung zu erlassen, welche an dem einen oder dem andern dieser Gebrechen leidet?

Die Prozeßordnung hat nur für den Fall, wenn in der Beweisantretung die Eidesformel nicht beigefügt, oder die beigefügte fehlerhaft ist, in §. 581 die zu erlassende Verfügung festgesetzt. Sie schweigt aber hinsichtlich aller übrigen Fälle gänzlich und die Praxis ist weder bei den Obergerichten noch bei den Untergerichten über obige Frage bis jetzt einig geworden.

Bei sehr vielen Gerichten wird die Beweisantretungsschrift nicht so genau geprüft, sondern solche sofort dem Gegentheile zur Erklärung mitgetheilt und nach geschlossenem Beweisverfahren unter Berufung auf die Rechtsregel: non fieri et illegitime fieri unum idemque est das den Vorschriften der Prozeßordnung nicht entsprechende Beweismittel als unzulässig und unstatthaft verworfen.

Andere Gerichte verfahren nach Maaßgabe des §. 359, indem sie die fehlerhafte Beweisantretung gleich der mangelhaften Klage angebrachtermaßen verwerfen und dem Beweisführer die Verbesserung der gerügten Mängel innerhalb der schon festgesetzten Beweisfrist überlassen.

Bei einigen Gerichten wird aber die Verbesserung der in der richterlichen Verfügung speciell angegebenen Mängel der Beweisantretung unter Anordnung einer kurzen Frist befohlen.

Welches Verfahren ist das richtigste?

Nach dem deutschen gemeinen Prozeßrechte, welches die Hauptquelle unserer Prozeßordnung ist, hat der Richter alle Parteischriften genau zu prüfen, die darin vorkommenden Mängel und Gebrechen zu rügen, deren Verbesserung und Berichtigung anzuordnen, überhaupt den Prozeß der Art zu leiten und in solchen Stand zu setzen, daß das strittige Verhältniß, so weit es die Verhandlungsmaxime zuläßt, vollständig entwickelt und erhoben werde.

Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 1ster Band Seite 246. ff.

Diesen Grundsatz sanktionirt auch mehreremale ausdrücklich die Prozeßordnung in den Bestimmungen über das erste Verfahren, §. 218, 289, 364, 338 ff. Dagegen findet sich obiger Grundsatz nicht mit gleicher Allgemeinheit und Bestimmtheit in den Vorschriften über das Beweisverfahren ausgesprochen.

Indessen läßt sich gleichwohl aus einigen prozessualistischen Bestimmungen die Absicht des Gesetzgebers entnehmen, daß der Richter die Verbesserung der Fehler und Mängel in dem Beweisverfahren so wie in dem ersten Verfahren anzubefehlen habe. Namentlich ist dieses in §. 581, 585 vorgeschrieben.

Aus welchem Grunde sollte auch die Verbesserung der Gebrechen in dem Beweisverfahren nicht eben so wie in dem ersten Verfahren von dem Richter angeordnet und befohlen werden? In dem einen Falle wird ja so wenig als in dem andern die Verhandlungsmaxime verletzt und in beiden Fällen ist die richterliche Anordnung der Verbesserung einer Parteischrift nichts anderes als die Folge der Prozeßdirektion,

†) Dieser Fall ist mit den unter II. genannten Fällen nicht auf die gleiche Linie zu setzen. Es handelt sich hier (unter I.) nicht blos um eine fehlerhafte, sondern um gar keine Beweisantretung. Ein Gegenstand des Beweiserkenntnisses ist von dem Andern unabhängig, und die Beweisantretung über den einen Gegenstand kann in Bezug auf den andern, darin nicht berührten, Gegenstand keine Wirkung haben, und die Beweisantretung in Bezug auf den Letztern nicht zu einer blos fehlerhaften machen. D. Red.

Digitized by Google

welche dem Richter nach unserer Prozeßordnung wie nach dem deutschen gemeinen Prozeß unstreitig zukömmt. —

Auch lehren die meisten neueren deutschen Prozessualisten, daß der Richter die Verbesserung einer an Fehler und Mängel leidenden Beweisantretung anzuordnen habe. So sagt insbesondere Mittermaier in seinen Vorlesungen über deutschen gemeinen Civilprozeß, wie ich mich noch lebhaft erinnere, daß nach der besseren Praxis der Richter die Verbesserung einer mangelhaften Beweisantretung anbefehle.

Zufolge des bisher Gesagten ist als ausgemacht anzunehmen, daß der Richter die Verbesserung einer fehlerhaften Beweisantretungsschrift von Amtswegen anzuordnen habe. Unrichtig ist aber, wenn hiezu die in §. 359 gegebene Formel angewendet, wenn nämlich die Beweisantretungsschrift angebrachtermaßen verworfen wird. Abgesehen davon, daß diese Verfügungsformel nur für Klagen und nur für den Fall vorgeschrieben ist, wo die Mangelhaftigkeit einer Klage gleich anfangs entdeckt wird, vergl. §. 1259, so ergibt sich aus den Bestimmungen der Prozeßordnung, daß im Laufe des Prozesses ein Parteivortrag nicht angebrachtermaßen verworfen werden darf, sondern dessen Verbesserung mit Festsetzung einer Frist zu befehlen ist. Dieses ergibt sich aus den bereits oben angeführten Gesetzesstellen und zwar hinsichtlich des ersten Verfahrens aus §. 289, 364, 338 ff. und hinsichtlich des Beweisverfahrens aus §. 581, 585.

Es erscheint somit das oben zuletzt angeführte Verfahren als das allein richtige, das Verfahren nämlich, wornach in analoger Anwendung des §. 364 dem Beweisführer die Verbesserung der in der richterlichen Verfügung speciell anzugebenden Mängel, mit Anordnung einer kurzen Frist befohlen wird.

Dieses als richtig angenommen fragt es sich weiter, welcher Rechtsnachtheil auf den Unterlassungsfall angedroht werden kann und muß?

Auch diese Frage ist in der Prozeßordnung nicht ausdrücklich entschieden und die Praxis ist gleichfalls nicht conform.

Einige sagen, es sei der Rechtsnachtheil anzudrohen, daß in dem Unterlassungsfalle das Beweismittel nicht berücksichtiget oder als nicht vorgeschlagen betrachtet werde.

Andere gebrauchen das Präjudiz, daß im Versäumungsfalle der Beweisführer als verzichtend auf das Beweismittel anzusehen sei.

Wieder Andere bedienen sich der Androhung des Rechtsnachtheiles, daß das Beweismittel für aufgegeben angenommen werde.

Alle diese Androhungen, welche meistens auch sogar bei den Obergerichten gang und gebe sind, scheinen mir unrichtig zu sein.

Nach §. 653 kann nur der Rechtsnachtheil angedroht werden, welcher im Gesetze bestimmt ist. Das Präjudiz, daß ein Beweismittel nicht berücksichtiget oder als nicht vorgeschlagen betrachtet oder der Beweisführer als verzichtend auf das Beweismittel angesehen werde, findet sich niegends in der Prozeßordnung und der Rechtsnachtheil, daß das Beweismittel für aufgegeben angenommen werde, ist nur für einen einzeln Fall bestimmt, wenn nämlich der Beweisführer in der Produktionstagfahrt die Urschrift der Urkunden nicht vorlegt, §. 424.

Wenn nun diese bisher fast allgemein üblichen Rechtsnachtheile unstatthaft sind, welches Präjudiz ist dann anzudrohen?

Ich antworte: es kann mit Ausnahme des Falles im §. 581 kein anderer Rechtsnachtheil angedroht werden als der, daß im Unterlassungsfalle der Beweisführer mit allen nicht beigebrachten, beziehungsweise mit den nicht gehörig beigebrachten Beweismitteln ausgeschlossen werde. †)

Ist nämlich der Beweis über einen Punkt oder mehrere Punkte des Beweiserkenntnisses nicht angetreten, so muß der Rechtsnachtheil angedroht werden, daß der Beweisführer mit allen auf den übergangenen Beweissatz Bezug habenden Beweismitteln ausgeschlossen werde. ††)

---

†) Dieses Präjudiz unterscheidet sich von den oben angeführten nur in den Worten, in der Sache selbst ist es aber einerlei, ob man das Beweismittel als nicht vorgeschlagen, oder als aufgegeben betrachte, ob man einen Verzicht darauf annehme, oder den Beweisführer damit ausschließe, man müßte denn die Absicht haben, den Beweisführer mit dem einen Ausdruck nur für die erste Instanz mit dem Andern aber auch für die zweite Instanz des Beweismittels verlustig zu erklären. Letzteres wird übrigens nur stattfinden, wenn die ganze Beweisantretung fehlerhaft ist, so daß im Falle der Nichtverbesserung ein Versäumungserkenntniß nach §. 415 erlassen wird, welches nach §. 1221 Nr. 6, die Nachbringung des Beweises in zweiter Instanz unstatthaft macht, während da, wo eine Beweisantretung giltig vorliegt, die darin nicht vorgetragenen Beweise immerhin in zweiter Instanz noch nachgetragen werden können. Hat also der Beweisführer den Beweis im Allgemeinen angetreten, und es wird nur ein einzelnes Beweismittel wegen Fehlerhaftigkeit nicht berücksichtigt, so steht nichts im Wege, daß der Beweisführer dasselbe in zweiter Instanz ordnungsmäßig wieder geltend mache. Der Sache selbst ist es daher entsprechender, wenn bei der Verbesserungsauflage nur gedroht wird, daß sonst das fehlerhaft angetretene Beweismittel als gar nicht vorgeschlagen betrachtet werde. D. Red.

††) Hier halte ich eine Anweisung zur Verbesserung für unzulässig. Wo über eine Thatsache gar kein Beweis angetreten ist, kann man von einer bloßen Verbesserung der Beweisantretung über diese Thatsache nicht sprechen. So wie man dem Beklagten nach §. 364 die Verbesserung des Einredevortrags nur hinsichtlich der wirklich vorgebrachten (aber mangelhaft vorgetragenen) Einreden, nicht aber auch dahin aufgeben kann, daß er eine in der Einredeschrift gar nicht vorgebrachte Ein-

Digitized by Google

Ist aber eine Beweisantretungsschrift rücksichtlich der einzelnen vorgeschlagenen Beweismitteln fehlerhaft, so hat man den Rechtsnachtheil anzudrohen, daß der Beweisführer mit den nicht gehörig beigebrachten Beweismitteln ausgeschlossen werde.

Zur Begründung des oben Gesagten berufe ich mich auf §. 393 Nr. 3, wo selbst für den Versäumungsfall bei Beweisantretungen überhaupt und allgemein der Rechtsnachtheil bestimmt ist, daß der Beweisführer mit den innerhalb der festgesetzten Frist nicht vorgeschlagenen Beweismitteln ausgeschlossen werde.

Dieser Rechtsnachtheil muß nun Argumento a majori ad minus auch für den Fall gelten, wenn nur über einzelne Beweissätze der Beweis nicht angetreten ist, so wie zu Folge der Rechtsregel: non fieri et illegitime fieri, unum idemque est, für den Fall, wenn ein Beweismittel nicht in gehöriger Weise beigebracht ist.

Indessen hat man folgende Unterscheidungen zu machen.

1) Wird eine fehlerhafte Beweisantretung eingereicht, ehe und bevor ein Versäumungserkenntniß ergangen ist, so muß im Fall des §. 581 Tagfahrt zur Feststellung oder Berichtigung der Eidesformel angeordnet, in allen übrigen Fällen aber dem Beweisführer die Verbesserung der in der richterlichen Verfügung speciell anzuführenden Mängel und Fehler aufgegeben werden, mit Anordnung einer kurzen Frist und Androhung des Rechtsnachtheils, daß im Unterlassungsfalle der Beweisführer mit allen nicht beigebrachten beziehungsweise mit den nicht gehörig beigebrachten Beweismitteln ausgeschlossen werde.

So dürften nach §. 1223, 1224 insbesondere auch die Obergerichte zu verfahren haben, wenn der Unterrichter die Verbesserung der Mängel einer Beweisantretungsschrift anzuordnen unterlassen hat, statt daß, wie sonst meistens geschieht, ein nicht gehörig vorgeschlagenes Beweismittel geradezu als unförmlich und nichtig verworfen wird. †)

2) Wird hingegen eine an Fehlern und Mängeln leidende Beweisantretung eingesendet nach schon ergangenem Versäumungserkenntniß jedoch noch im Laufe der Wiederherstellungsfrist, so hat man, vorausgesetzt, daß um Wiederherstellung ausdrücklich gebeten wurde §. 659, im Falle des §. 581 Wiederherstellung zu erkennen und zur Feststellung oder Berichtigung der Eidesformel Tagfahrt anzuberaumen, in allen übrigen Fällen aber das Wiederherstellungsgesuch zu verwerfen, jedoch zugleich dem Beweisführer zu überlassen, daß er die Beweisantretung hinsichtlich der speciell zu rügenden Mängel innerhalb der Wiederherstellungsfrist ergänze und verbessere.

Sind mehrere Beweismittel cumulirt und nur einige oder blos ein Beweismittel nicht in vorgeschriebener Weise angetreten, so muß gemäß der Rechtsregel: validum per invalidum non vitiatur hinsichtlich der gehörig angetretenen Beweismittel Wiederherstellung erkannt und die geeignete prozeßleitende Verfügung erlassen, hinsichtlich der nicht gehörig vorgeschlagenen Beweismittel über das Wiederherstellungsgesuch verworfen und dem Beweisführer überlassen werden, daß er die Beweisantretung in Ansehung der einzeln aufzuführenden Mängel noch im Laufe der Wiederherstellungsfrist verbessere.

Wird die Beweisantretung innerhalb der Wiederherstellungsfrist ergänzt und verbessert, so ist Wiederherstellung zu ertheilen und die geeignete prozeßleitende Verfügung zu beschließen.

Wenn aber die verbesserte und ergänzte Beweisantretung erst nach Umlauf der Wiederherstellungsfrist einkömmt, so muß das Wiederherstellungsgesuch verworfen werden, in so fern nicht die Voraussetzungen des §. 661, oder des Art. 1 der Prozeßnovelle vorhanden sind.

Die hier aufgestellte Distinktion fußt sich darauf, daß die 14tägige Wiederherstellungsfrist nichts anderes ist, als eine Nothfrist, §. 658, und als solche weder durch Uebereinkunft der Parteien hinausgesetzt noch durch richterliche Verfügung

---

rede nachträglich vortrage, eben so kann man die Verbesserung einer Beweisantretung nicht auch hinsichtlich der Thatsachen, über welche gar kein Beweis angetreten wurde, sondern nur hinsichtlich derjenigen Thatsachen aufgeben, über welche der Beweis zwar angetreten, die Antretung aber fehlerhaft ist.

D. Red.

†) Wenn der Richter nach den im §. 338 der Prozeßordnung liegendem Prinzipe befugt ist, auch bei Beweisantretungen (wo keine Nothfrist es hindert) formelle Verbesserungen zu veranlassen, so muß nach §. 1221 auch der Oberrichter die vom Unterrichter versäumte Anweisung, wenn der Beweisführer nicht das Mangelhafte in der zweiten Instanz noch selbst verbessert hat, nachzuholen befugt sein. Nach der bisherigen Erfahrung machen die Obergerichte hievon aber eben so wenig, als vom Fragerecht überhaupt, leicht Gebrauch, weil sie die daraus entstehende Vermehrung der Tagfahrten in einer und derselben Sache scheuen. Dagegen sind sie (wenigstens das Oberhofgericht) nachsichtiger in der Beurtheilung, ob eine vom Gesetz vorgeschriebene Förmlichkeit eine wesentliche sei oder nicht, ob also die fehlerhafte Beweisantretung als gar nicht geschehen zu betrachten sei oder nicht. Der Satz Ek. muß auch hier Anwendung finden. Man kann Anträge der Parteien, wenn es auch an formellen Gesuchen fehlt, nach der daraus erkennbaren Absicht der Parteien beurtheilen. So wurde schon oft, eine Produktionstagfahrt, ohne daß wörtlich darum gebeten war, angeordnet, weil dies mittelbar doch in den Anträgen der sich auf die abschriftlich vorgelegte Urkunde berufenden Partei lag. Auch wurden bei Gericht aufbewahrte Akten, auf die sich eine Partei berufen hatte, zur Produktionstagfahrt vorgelegt, wenn gleich die Partei um Aufsuchung und Beilegung derselben nicht ausdrücklich gebeten hatte. Auch mit Vornamen und Stand von Zeugen ist's nicht so genau zu nehmen, so lang keine Zweifel über ihre Identität entstehen, u. d. g. D. Red.

Digitized by Google

verlängert werden kann §. 243, daher nach schon ergangenem Versäumungserkenntniß der Richter zur Verbesserung einer Beweisantretung keine weitere Frist zu geben befugt ist, als die durch das Gesetz bestimmte Wiederherstellungsfrist.

Die bisher niedergelegten Grundsätze gelten jedoch nur in dem ordentlichen Verfahren und in dem Gantprozesse §. 864, nicht aber auch in den übrigen summarischen Prozeßarten. Für das abgekürzte Verfahren ist nämlich die Vorschrift gegeben, daß mit der Klage, Einrede u. s. w. sofort die Beweisantretung verbunden werden muß §. 674. Es kömmt daher hier in der Regel keine Beweisfrist vor, sondern es muß in den meisten Fällen die Klage angebrachtermaßen und die Einrede entweder unbedingt verworfen oder zur besondern Ausführung verwiesen werden, wenn es an dem erforderlichen Beweis mangelt, also auch wenn der Beweis nicht in gehöriger Weise angetreten ist, §. 688, 703, 707, 728, 729, 734, 754, 767.

Anders gestaltet sich die Sache in den Fällen des §. 673 Nr. 2 — 6, seit dem Erscheinen der Prozeßnovelle von 1837 Art. 7, wo selbst festgesetzt ist, daß, wenn in diesen Fällen am Schlusse des Verfahrens der Beweis über erhebliche Thatsachen gar nicht oder nicht genügend angetreten ist, durch eine Verfügung die noch zu beweisenden Thatsachen mit Anordnung einer 14tägigen Frist zu bezeichnen sind und nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist die deßfallsigen Beweise in derselben Instanz nicht mehr nachgetragen werden können, sondern der Richter so fort in der Sache selbst ohne Anrufen der Partei und ohne vorgängiges Versäumungserkenntniß zu entscheiden hat.

In Folge dessen ist in den Fällen des §. 673 Nr. 2 — 6 die Unterscheidung zu machen:

1) Wird eine fehlerhafte Beweisantretung im Laufe der festgesetzten Frist eingereicht, so ist im Falle des §. 581 Tagfahrt zur Feststellung oder Berichtigung der Eidesformel anzuordnen, in allen übrigen Fällen aber dem Beweisführer die Verbesserung der in der Verfügung einzeln aufzuführenden Mängel anzubefehlen mit Anordnung einer kurzen Frist und mit dem Bedeuten, daß auf fruchtlosen Umfluß der Frist sofort ohne weiteres nach Lage der Akten in der Sache selbst erkannt werde.

2) Wird aber die Beweisantretung, sie sei fehlerfrei oder fehlerhaft, erst nach Ablauf der Beweisfrist, beziehungsweise nach Ablauf der zur Verbesserung weiter bewilligten Frist eingesendet, so darf die Beweisantretung gar nicht mehr berücksichtiget werden.

Nach diesen hier aufgestellten Prinzipien ist auch die Frage zu lösen, ob der Richter die Verbesserung des Mangels einer Spezialvollmacht bei der Eideszuschiebung von Amtswegen anzuordnen habe oder nicht?

Bei dem Hofgerichte des Seekreises besteht die Praxis, daß, wenn der Haupteid ohne Spezialvollmacht zugeschoben ist, dem Anwalt die Beibringung der Spezialvollmacht innerhalb kurzer Frist aufgegeben wird, unter Androhung des (nach obiger Ausführung nicht richtigen) Rechtsnachtheiles, daß sonst auf das Beweismittel der Eideszuschiebung keine Rücksicht genommen werde. —

Endlich ist noch zu erwähnen, daß von mehrern Gerichten eine mangelhafte Beweisantretungsschrift dem Einsender zur Verbesserung zurückgegeben wird. Dieses Verfahren läßt sich nur alsdann rechtfertigen, wenn in der Schrift Injurien und grobe Beleidigungen enthalten sind, §. 352.

Außer diesem Falle aber dürfen die Eingaben, auch die fehlerhaften und mangelhaften, nicht zurückgegeben sondern müssen bei den Akten aufbewahrt werden. Haager.

Annalen VIII. Nr. 51.

III.

Ueber das Recursrecht des Beschuldigers gegen lossprechende Urtheile in gerichtlichen Strafsachen.

Die Blätter für Justiz und Verwaltung II. Jahrgang. 4. und 5 Heft. S. 408 haben diesen in den Annalen von 1840. Nr. 15. S. 89. Nr. 37. S. 222, und von 1841. Nr. 24. S. 171 erörterten Gegenstand aufgegriffen und sich für die oberhofgerichtliche Ansicht ausgesprochen. Es wird angeführt: „Der §. 8 des Strafedikts sage ausdrücklich, daß der Beschuldigungsprozeß den Gang des Untersuchungsprozesses gehe, so weit dort nicht ein Anderes gesagt sei. Eine Abweichung aber hinsichtlich des Recurses sei nicht erwähnt, vielmehr im §. 21 deutlich erklärt, daß dem Angeschuldigten nur ausnahmsweise Rechtsmittel zu Statten kommen sollen. Noch weniger werde man also dergleichen Rechtsmittel andern Personen haben einräumen wollen, insbesondere dem Beschädigten und dem Beschuldiger, die nach §. 22 nur das Recht hätten, über die Punkte des Urtheils, die ihr rechtmäßiges Privatinteresse betreffen, ein Separaterkenntniß zu erbitten. Das Privatinteresse berühre aber weder die im Strafedikte beispielsweise erwähnte Frage, ob der Angeschuldigte zu gering bestraft, noch die weitere, ob er mit Unrecht freigesprochen worden sei. Und hieran sei durch das neue Gesetz nichts geändert worden. Ganz sachgemäß habe daher das Justizministerium den Staatsanwälten aufgetragen, auch in Fällen dieser Art zu erwägen, ob von ihnen im öffentlichen Interesse zu recurriren sei.“ —

Diese Gründe verdienen einer genaueren Prüfung unterworfen zu werden.

Die Gegner der Ansicht, welche dem Denuncianten das Recht der Appellation gegen das den Beschuldigten freisprechende Erkenntniß vindicirt, suchen sich damit zu helfen, daß sie denjenigen Inhalt des §. 8, welcher ihrer Meinung

Digitized by Google

entgegensteht, sachdienlich ignorieen. Es heißt nämlich dort am Schlusse:

„Im Uebrigen geht auch dieser Prozeß den Gang des Untersuchungsprozesses."

Wie dieser Satz zu verstehen sei, ergiebt sich aus der sofort hinzugefügten Erläuterung: daß der Beschuldigungsprozeß nicht in ein Wechselverfahren der Parteien nach Art des bürgerlichen Prozesses ausarten soll. Vor obigem Satze steht aber im §. 8 noch geschrieben: daß der Beschuldiger alle Pflichten und alle Gefahr eines Anklägers auf sich habe. — Schon daraus geht hervor, daß unser Beschuldigungsprozeß den Regeln des gemeinrechtlichen Anklageprozesses folgt. Noch mehr erhellt dies aus der weiteren Vorschrift: daß der Beschuldigte zur Eröffnung des Verhörs, sodann zu Erhebung und Publikation der Kundschaften, endlich zum Schlußverhör beigeladen, ihm die Lage der Sache, wie sie alsdann steht, eröffnet und er vernommen werden muß, ob und was er noch zur Ueberweisung des Beschuldigten oder zur Rechtfertigung seiner Beschuldigung anzubringen wisse, das der Richter, soweit es erheblich zu achten ist, noch erheben muß. — Hier haben wir den Anklageprozeß, wie er leibt und lebt. Das Verfahren ist ein gemischtes, indem theils die Regeln des bürgerlichen, theils jener des inquisitorischen Prozesses zur Anwendung kommen.

Durch den §. 6 des Strafedikts ist nun der fiskalische Anklageprozeß abgeschafft und an dessen Stelle der Untersuchungsrichter gesetzt, welchem die Funktionen des öffentlichen Anklägers mit übertragen sind.

Für diejenigen Fälle aber, in welchem der Untersuchungsrichter, qua öffentlicher Ankläger, gegen Jemanden einzuschreiten nicht veranlaßt und berechtigt ist, hat der §. 8 dem Privaten das Recht vorbehalten, aus eigenem Interesse eine Untersuchung zu verlangen, d. h. mit anderen Worten, auf seine Gefahr als Ankläger aufzutreten. Es ist demnach nicht richtig, daß der §. 8 nur einen von dem gemeinrechtlichen Anklageprozeß verschiedenen Beschuldigungsprozeß zulasse. Dieselbe Bewandtniß hat es mit der weiteren Behauptung, daß der §. 22 für den Beschuldigungsprozeß auch die Vorschriften über die Rechtsmittel anders aufstelle, als das gemeine Recht sie für den Anklageprozeß gebe.

Nur der §. 21 handelt nämlich von der auf 5 Fälle beschränkten Zulässigkeit des Recurses eines Inculpaten gegen dessen Verurtheilung im inquisitorischen Prozesse und hat sonach lediglich die dem verletzten Strafgesetze schuldige Genugthuung vor Augen, der §. 22 hingegen bestimmt, wie es in Ansehung des verletzten Privatinteresses gehalten werden soll — und verweist den Beleidigten (Damnificaten), welcher mit dem ihm zuerkannten Ersatz nicht zufrieden ist, consequent nach §. 19 ibid. zum besonderen Austrag vor den Civilrichter. Dasselbe ist hinsichtlich des Beschuldigers verfügt und zugleich per parenthesin erläutert, was nicht zu seinem Privatinteresse gehöre.

In beiden Fällen unterstellt das Gesetz abermals die Verurtheilung des Inculpaten und des Denunciaten, weil ja sonst von einem Ersatz zu Gunsten des Damnificaten oder Beschuldigers und von einer zu geringen Bestrafung des Beschuldigten nicht wohl die Rede sein könnte.

Wo bleibt nun der Ausspruch des Gesetzes, daß dem Beschuldiger gegen das den Beschuldigten freisprechende Urtheil kein Rechtsmittel zustehe; da in den §§. 21 und 22 die Frage: ob der Beschuldigte gegen seine Verurtheilung oder der Beschuldiger gegen die Freisprechung desselben zu appelliren berechtigt sei? ganz unberührt gelassen ist!

Fehlt es aber an einem solchen Ausspruche, so verbleibt es bei den gemeinrechtlichen Vorschriften, wornach beide Parteien — denn so werden der Beschuldiger und der Beschuldigte im §. 8 genannt — zur Appellation befugt sind. Daran hat das Gesetz vom 3. August 1837, selbst wenn kein Zweifel mehr darüber obwalten sollte, daß der Staatsanwalt auch im Beschuldigungsprozeß recurriren oder vielmehr als Principalintervenient auftreten könne, nichts geändert, weil dasselbe die Befugniß zur Ergreifung von Rechtsmitteln nicht beschränken, sondern erweitern wollte. Es wäre wohl auch sehr unlogisch, wenn man von der Befugniß des Staatsanwalts, gegen hofgerichtliche Urtheile zu recurriren, den Schluß ziehen würde, daß dem Denunciaten gegen amtliche Urtheile kein Recurs zustehe. In denselben Fehler würde man verfallen, wollte man aus dem Recht des Staatsanwalts, zum Vortheil des Angeschuldigten zu recurriren, die Folge ableiten, daß Letzterer selbst nicht recurriren dürfe. — Die gegnerschen Argumente beweisen demnach zu viel und folglich gar nicht. Die Behauptung endlich, daß die Frage: ob er, der Angeschuldigte (d. h. der Beschuldigte, der Denunciat) zu gering bestraft, oder aber, ob er mit Unrecht freigesprochen worden sei? das Privatinteresse (des Beschuldigers) nicht berühre, ist nur ein Scherz hingeworfen, weil den Blätteen für Justiz nicht unbekannt sein kann, daß zwischen verurtheilenden und freisprechenden Urtheilen ein merklicher Unterschied besteht, um welchen sich unsere ganze Streitfrage dreht. Die Strafe, welchee übrigens die Schuldigerklärung des zu Bestrafenden nothwendig vorausgehen muß, berührt allerdings das Privatinteeesse des Beschuldigers nicht, weil es ihm hinsichtlich des Kostenpunkts und Schadenersatzes ꝛc. gleichgültig sein kann, ob z. B. der Beschuldigte 4 Wochen schellenwerken oder nur 14 Tage öffentliche Arbeit verrichten muß. Ganz anders gestaltet sich aber die Sache bei der gänzlichen Freisprechung des Beschuldigten, weil diese zur Folge hat, daß der buchfällige Beschuldiger die Kosten zahlen, den Schadenersatz in den Wind schlagen und einer Injurienklage, die an Haut und Brutel geht, gewärtig sein muß. Einleuchtend ist, daß sich zwischen condemnatorischen und absolutorischen Urtheilen sowohl in Ansehung der privatrechtlichen als der strafrechtlichen Folgen ein höchstwichtiger Unterschied kund giebt, und daß ein Gesetz, welches dem Beschuldiger gegen die Verurtheilung des Beschuldigten (in eine zu gelinde Strafe) keinen Recurs gestattet, dieses Rechtsmittel gegen die mit Unrecht erfolgte Freisprechung des Letzteren nicht ausschließt, weil den Pflichten und Gefahren, wie billig, auch Rechte und Rettungsmittel zur Seite stehen müssen.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. — Nro. 39. — Karlsruhe den 25. September 1841.

I.

Noch etwas über die Beweiskraft der in Folge eines Aechtheitsbeweises als ächt erklärten Privaturkunden. M. s. Nr. 33. I.

Ich bin zwar nicht gesonnen, über obigen Gegenstand mit meinem verehrten Freund einen Notenwechsel zu beginnen, allein so leichten Kaufs kann ich auf seine Noten hin meine Meinung nicht zurückziehen.

Die hauptsächlichste Gegenbehauptung besteht wohl darin, daß unter den nach Landrechtssatz 1322 auf gesetzliche Weise für anerkannt erkläeten Urkunden auch die in Folge eines Aechtheitsbeweises füe ächt erklärten Urkunden zu verstehen seien. Aus den dazu angeführten Autoritäten möchte aber gerade das Gegentheil folgen. Allerdings drückt sich Pailliet angezogenermaßen aus; aber nicht zu dem Zweck, um darzuthun, daß die verifizirte Urkunde nunmehr als für anerkannt zu erklären seie, sondeen nur um die Wirkung der Urkunden des Landrechtssatzes 1322 für die Erben und Rechtsfolgee des Anerkennenden nachzuweisen. In der Note a. 2. zu Art. 1323 spricht er dagegen ausdrücklich von dem Fall der Ablängnung einer Urkunde. Hier gebraucht er den Ausdruck: si la signature est reconnue veritable: was wenigstens nicht gleichlautend mit tenu pour reconnue ist.*) Mit Recht wird dagegen gesagt, daß Zachariä schärfer unterscheide. Allein gerade er unteescheidet im §. 752 zwischen einer von der Gegenparthie anerkannten, zwischen einee vom Richtee für anerkannt, in einer für ächt erklärten Urkunde. Dieser Unterschied geht durch den ganzen §. 752 hindurch, und gerade nach ihm ist bewiesen, daß der Fall, der vom Richter füe anerkannt erklärten Urkunde nur der ist, wo über die vorgelegte Urkunde keine Erklärung abgegeben wurde, und daraufhin die Urkunde nach Art. 193 f. des Code de procedur die Urkunde für anerkannt erklärt wird. Auch Spangenberg spricht von einer als ächt erklärten Urkunde, und so wird man nicht behaupten können, daß der im Landrechtssatz 1322 angeführte Fall einer auf gesetzliche Weise für anerkannt erklärten Urkunde gerade der Fall der als ächt erklärten Urkunde seie.

Daß aber die Folge der Anerkennung einer Urkunde hinsichtlich des Inhalts der Urkunde nach §. 434 der Prozeßordnung oder der Nichterklärung auf eine zur Anerkennung vorgelegten Urkunde nach Landrechtssatz 1322 so geradezu auch auf den Fall auszudehnen ist, wo eine Urkunde nicht anerkannt, sondern abgeläugnet wurde, und dann erst durch andere Beweismittel in ihrer Unterschrift als ächt erwiesen wurde, das ist wohl nicht anzunehmen. Die Anerkennung ist das Geständniß der Aechtheit der Urkunde, und die Erklärung einer Urkunde als anerkannt, ist die richterliche Aussprache des Geständnisses der Aechtheit als Strafe der verweigerten Erklärung über die Urkunde. Daß aber dasjenige, was ein Gesetz dem Geständniß oder der richterlichen Unterstellung des Geständnisses in einem besondern Fall als seine Folge ausdrücklich vorgeschrieben hat, auch für den Fall gelten soll, wo das Geständniß nicht vorliegt, sondern wo erst durch ein ganz verschiedenes Verfahren und durch ganz andere Beweismittel eine Unterschrift einer Urkunde für ächt erklärt wurde, das läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn man den Satz behauptet und beweist, daß alles was vom Geständniß gilt und was seine Folge ist, auch von andern Beweismitteln gilt und ihre Folge ist. Ein Satz, den wohl Niemand wird aufstellen wollen.†) Dee als ächt erwiesenen Urkunde legt das Gesetz nicht die Wirkungen bei, welche es nach §. 434 und Landrechtssatz 1322 der

*) Daß Pailliet beide Ausdrücke in gleichem Sinne nimmt, geht schon daraus hervoe, daß er ja in der Note a. 2 zum Art. 1322 von dem nämlichen Falle, wo die abgeläugnete Urkunde verifizirt wird, sagt: das Urtheil nehme dann la signature *pour reconnue* an. D. Red.

†) Das Landrecht führt im III. Buch, Kap. 6, welches die Ueberschrift dat: „Von dem Beweise der Verbindlichkeiten und Zahlungen," in 5 Abschnitten die verschiedenen Beweismittel auf, und zwar: die Urkunden, die Zeugen, die Vermuthungen, das Geständniß und den Eid.

Digitized by Google

anerkannten oder der in Folge des Ungehorsams als anerkannt erklärten Urkunde beilegt. Man kann durch mannigfache Interpretationen und unzuverläßige Argumentationen dahin kommen, daß man die Vorschriften des Gesetzes für den einen Fall auch für den andern Fall anwendet. Aber eine gesetzliche Vorschrift giebt es dafür nicht. Gesetzliche Vermuthungen, wie sie der §. 434 der Prozeßordnung aufstellt, sollten wenigstens nicht so leichthin auf ganz andere Fälle übertragen werden.

Richtig ist es, daß Zachariä und Spangenberg lehren, daß eine als ächt erwiesene Urkunde gleiche Beweiskraft habe als wie eine anerkannte oder als anerkannt erklärte Urkunde, und eben so kann ich zugeben, daß das Gleiche nach dem gemeinen deutschen Prozeß anzunehmen ist. Zachariä und Spangenberg lehren es aber für das französische Recht.*) Wir besitzen ein besonderes Prozeßgesetz, worin wenigstens diese Ansicht nicht zu einer ausdrücklichen Vorschrift erhoben worden ist, und wenn man gerade für den vorliegenden Fall höchst wesentliche Unterschiede unsers Gesetzes gegen die andern Gesetze nachweisen kann, so wird man es wenigstens bezweifeln dürfen, ob das, was von andern Gesetzen gilt, so geradezu auch in unsere Prozeßordnung zu übertragen ist.

Das französische Gesetz kennt bei dem in den meisten Fällen eintretenden Aechtheitsbeweis einer Urkunde durch Schriftvergleichung keinen §. 451 u. 452 unserer Prozeßordnung. Wenn die Sachverständigen eine Urkunde einstimmig als ächt erklären, kann der Richter sie doch für unächt ansehen. Er kann dem Einen oder Andern einen Notheid über den Inhalt auferlegen. Wir müssen dagegen je nach den verschiedenen Gutachten der Sachverständigen auf einen Eid über die Unterschrift erkennen, und wird derselbe geschworen, so muß im gegebenen Fall die Urkunde als ächt erklärt werden, wenn schon der Richter von ihrer Unächtheit überzeugt ist.†) Das französische Aechtheitserkenntniß enthält die richterliche Ueberzeugung der Aechtheit der Urkunde, und in dieser Ueberzeugung wird auch seine Ueberzeugung von der Wahrheit des Inhalts der Urkunde die Hauptrolle spielen. Unser Aechtheitserkenntniß beruht auf dem formalen Umstand, daß in der so ungewissen Schriftvergleichung sich Sachverständige über die Richtigkeit einer Namensunterschrift so oder anders ausgesprochen haben, und daß eine Partei ihre Behauptung hinsichtlich dieser Unterschrift durch einen Eid bekräftigt hat. Dabei müssen wir die Urkunde selbst mit der Hand zu decken, denn mag ihr Inhalt uns noch so unwahrscheinlich und verdächtig dünken, so thut dieses nichts zur Sache, wenn nur die Urkunde keine Veränderungen enthält, so folgt aus der beschworenen Aechtheit der Unterschrift eben auch die Wahrheit des Inhalts.

Gerade hinsichtlich dieser Wahrheit des Inhalts der Urkunde besteht aber zwischen unserm Gesetz in dem französischen ein wesentlicher Unterschied. Nach dem französischen Recht kann auch gegen die als ächt erklärte Urkunde doch noch ein Haupteid über den Inhalt der Urkunde zugeschoben werden, was bei uns nach der Gleichstellung der als ächt erkläeten Urkunde mit der anerkannten oder als anerkannt erkläeten Urkunde, zufolge des §. 570 der Prozeßordnung nicht der Fall ist. Ein Schriftsteller über das französische Recht kann daher ohne vieles Bedenken die Unterschrift einer Urkunde, worin der Beklagte sich zu einer Schuld von 1000 fl. bekennt, mit der gleichen Wirkung als ächt erklären, als wie wenn der

---

Dabei giebt das Landrecht wohl verschiedene Regeln, unter welchen Voraussetzungen das eine oder das andere dieser Beweismittel vollen Beweis gebe. Aber daß dann, wenn einmal das eine oder andere Beweismittel nach den gesetzlichen Regeln vollständigen Beweis geliefert hat, nochmals ein Unterschied gemacht werden soll, ob derselbe von dem einen oder von dem andern Beweismittel herkomme, namentlich also, ob der einmal vollständig vorhandene Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch eine Expertise in Verbindung mit Vermuthungen und mit dem Eid, oder durch Zeugen, oder endlich durch Geständniß hergestellt sei, — davon enthält das Gesetz keine Spur. Jeder Beweis, der nach den von ihm geltenden gesetzlichen Regeln ein vollständiger ist, hat gleichen Werth, sei er durch das eine oder durch das andere Beweismittel geliefert. So ist also die Aechtheit einer Urkunde in gleichem Maße und mit den gleichen Wirkungen juristisch gemäß, sie mag durch Geständniß oder durch andere (vom Gesetze als vollständig erkannte) Beweismittel hergestellt sein. D. Red.

*) Sie gründen ihre Ansicht aber nicht auf besondere Bestimmungen der andern französischen Gesetzgebung, etwa des code de proced. civil., sondern lediglich auf eine, der Natur der Sache angemessene Auslegung des auch bei uns geltenden Satzes 1322. D. Red.

†) Dies ist eine starke Behauptung. Wenn es je einen Richter geben sollte, der da, wo er von der Unächtheit der Urkunde überzeugt ist, dennoch den Producenten zum Erfüllungseid über die Aechtheit zuließe, so müßte es ihm an einem andern Orte fehlen, das Gesetz wenigstens teüge an einer so auffallenden Verirrung keine Schuld. Einmal ist er ja nach S. 450 an das Gutachten der Mehrheit der Schreibverständigen gar nicht gebunden, er kann jenes der Minorität vorziehen, und er kann, wenn alle übereinstimmen, ihm aber das Gutachten nicht folgerichtig scheint, nach S. 549 neue Experten ernennen. Sind aber alle Sachverständigen gegen ihn, so muß er doch wohl andere Gründe haben, die seine Ueberzeugung von der Unächtheit hervorgerufen haben, und hat er solche andere Gründe, so ist er nach dem Absatz 2 des §. 451 befugt, dem Produkten den Ablängnungseid statt dem Producenten den Erfüllungseid aufzuerlegen. Der richterlichen Ueberzeugung geschieht also nirgends weniger Zwang, als gerade hier. D. Red.

Digitized by Google

Beklagte die Unterschrift anerkannt hätte, denn er ist sich dabei bewußt, daß mit der Aechtheit der Unterschrift die Wahrheit der Schuld noch nicht gänzlich dargethan ist, sondern daß der Kläger auf Verlangen des Beklagten immer noch einen Eid über die Schuld ableisten oder dem Beklagten zurückschieben muß. Wüßte er, daß dieses nicht geschehen kann, wäre er sich bewußt, daß er mit der Erklärung der Aechtheit der Unterschrift einer Urkunde auch den vollen Beweis der Wahrheit des Inhalts der vom Kläger selbst geschriebenen Urkunde ausspricht, so würde er sicherlich Anstand nehmen, diese Folge in den Art. 1322 des Code civil hineinzuinterpretiren. Dieser Ausschluß der Eideszuschiebung ist ein Hauptbedenken gegen die Gleichstellung der als ächt erwiesenen Urkunde mit der anerkannten.*) Nachdem die Eideszuschiebung nach §. 568 der Prozeßordnung überhaupt statthaft ist, sollte man doch glauben, daß der von diesem gesetzlichen Recht Gebrauch machenden Partei gegenüber der Vorschrift des §. 570 der Prozeßordnung mit Gewißheit die Vorschrift nachgewiesen werden muß, wo denn einer in ihrer Unterschrift als ächt erwiesenen Urkunde die volle Beweiskraft für ihren Inhalt beigelegt werde.

Beziehungen auf den §. 573 oder 576 der Prozeßordnung würden wenigstens den Ausschluß des Eides aus dem Grunde des §. 570 nicht rechtfertigen, und in der Hinweisung auf den zugelassenen Beweis der Verfälschung der Urkunde und auf die in dieser Beziehung stattfindende Eideszuschiebung möchte bei der bekannten Schwierigkeit dieses Beweises nur ein geringer Trost liegen.

Aus ähnlichen Gründen ist auf eine Berufung auf das gemeine, deutsche Prozeßrecht ebenfalls kein entscheidendes Gewicht zu legen. Es mag sein, daß darnach eine in ihrer Unterschrift als ächt erwiesene Urkunde gleiche Beweiskraft mit der anerkannten hat. Es ist aber dabei auch richtig, daß dem Urkundenbeweis ganz ungehemmt der Zeugenbeweis entgegengesetzt werden konnte. Wenn nach dem gemeinen deutschen Prozeß mittelst Beweises der Richtigkeit einer Unterschrift die betreffende Urkunde als ächt erwiesen wurde, so konnte die Partei dem Inhalt dieser Urkunde direkt oder indirekt durch Behauptung eines andern Rechtsgeschäfts den Zeugenbeweis entgegenstellen. Das ist in der Mehrzahl der Fälle bei uns unstatthaft, und wenn das gemeine, deutsche Prozeßrecht eine Beschränkung des Zeugenbeweises wie unser Landrecht besessen hätte, so wäre es abermals sehr zu bezweifeln, ob es mit der abgeleugneten, aber als ächt erwiesenen Urkunde, zumal da eine gesetzliche Vermuthung für die Wahrheit des Inhalts oder eine gleiche Beweiskraft als wie eine öffentliche Urkunde verbunden hätte, wo auch die Zuschiebung des Haupteides über den Inhalt der Urkunde unstatthaft ist.

Allerdings hat das französische Recht den Beweis durch Urkunden dem Beweis durch Zeugen vorgezogen. So weit ist es aber nicht gegangen, daß es unter allen Umständen auch die Urkunden dem Eid vorgezogen hat, und daß es dem Richter, ganz abgesehen von seiner Ueberzeugung, die Pflicht auferlegt hat, bei dem Beweise der Aechtheit einer Unterschrift durch Sachverständige unter gewissen Voraussetzungen einen Eid auf die Richtigkeit der Unterschrift aufzuerlegen, und daraufhin nicht blos die Urkunde als ächt, sondern auch ihren Inhalt als vollständig erwiesen anzuerkennen. Das ist die äußerste Spitze der Vortrefflichkeit des Urkundenbeweises, welche noch von keiner Gesetzgebung erstiegen worden ist, und von der man bei dem Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes es wohl wird bezweifeln dürfen, ob unsere Gesetzgebung dieses summum jus besteigen wollte.

Man sagt zwar, daß meine Meinung, welche doch in den äußersten Fällen immer noch auf einen Notheid des Beweisführers hinsichtlich des Inhalts der Urkunde führen wird**), eine Belohnung des fälschlichen Ableugnens der Unterschrift einer Urkunde sei, was übrigens bei Erben und Rechtsfolgern optima fide geschehen kann. Ich weiß nicht, ob man dieses meiner Meinung nachsagen kann. Aber das weiß ich, daß die entgegengesetzte Meinung eine Prämie für den Urkundenfälscher ist. Denn wenn er weiß, daß er bei noch dazu von seiner Hand geschriebenen Urkunde höchstens nur einen Eid auf die Richtigkeit der

*) Hier ist nicht von der Eideszuschiebung über die Aechtheit der Urkunde, sondern von jener über die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen wird, die Rede. Das Bedenken, daß über eine durch die Urkunde bewiesene Thatsache keine Eideszuschiebung mehr statt findet, bezieht sich darauf, daß, obgleich die Urkunde ächt ist, die darin enthaltene Thatsache doch vielleicht unwahr sein könnte. In dieser Beziehung ist aber das Bedenken ganz dasselbe, ob die Aechtheit der Urkunde durch Geständniß, oder ob sie durch andere Beweismittel dargethan sei. Auch wenn sie durch Geständniß dargethan ist, so bezieht sich ja das Geständniß doch nicht auf die (durch die Urkunde zu erweisende) Thatsache, und dennoch wird über diese Thatsache die Eideszuschiebung nicht mehr zugelassen. D. Red.

**) Wie ist es aber, wenn der Beweisführer nur ein Erbe oder sonstiger Rechtsfolger des ursprünglichen Kontrahenten ist, also von dem Akte keine eigene Kenntniß hat? — Es hält in solchen Fällen schon schwer, bis er nur die Aechtheit der Urkunde, worüber er ebenfalls nicht schwören kann, auf andere Weise bewiesen hat. Ist ihm dies aber durch Schriftvergleichung, etwa in Verbindung mit Vermuthungen, noch gelungen, und gilt ihm dies dann dem ohngeachtet erst als Anfang eines Beweises, so muß er eben mit dem besten Recht jetzt am Ende doch noch unterliegen. D. Red.

Digitized by Google

Unterschrift des andern abzuleisten hat, um dabei den vollen Beweis des Inhalts der Urkunde darzuthun, so wird er leicht sagen — stat applicatio ***).

Sander.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

1) Gibt der §. 1030 der Prozeßordnung ein Unterpfandsrecht?

Gegen die J. Weismannsche Gantmasse hatte ein gewisser Brehm für eine Forderung von 133 fl. nebst Zinsen auf den Grund eines Eintrags zum Pfandbuch vom 15. Juli 1836. Vorzugsrecht in III. Ordnung angesprochen.

Der Eintrag selbst enthält ein amtliches Dekret vom 16. Dezember 1835, wodurch auf Antrag des Gläubigers für obige Forderung die Liegenschaftsversteigerung gegen Weismann erkannt worden ist.

Die Forderung selbst wurde zwar anerkannt, allein das Vorzugsrecht widersprochen.

Gegen die Location in V. Ordnung appellirte Brehm, und suchte aus dem §. 1030 der Prozeßordnung zu deduciren, daß ihm hiernach ein Unterpfandsrecht zustehe.

Gleichwohl wurde der amtliche Locationsbescheid durch hofgerichtliches Urtheil vom 18. September laufenden Jahrs bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die Entscheidung über den Grund oder Ungrund der gegen den unterrichterlichen Ordnungsbescheid ergriffenen Appellation hängt von Beantwortung der Frage ab: ob der Eintrag der Versteigerungsverfügung, welcher in Folge der Vorschrift des §. 1030 der Prozeßordnung durch den Bürgermeister als Vollstreckungsbeamten ex officio gemacht wird, dem Gläubiger für seine Forderung ein Unterpfandsrecht verschafft? Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

1) Das Landrecht (vergleiche z. B. S. 2134, 2148) verlangt, daß der Gläubiger die Einträge zum Unterpfandsbuch selbst erwirke, oder durch einen Dritten erwirken lasse, wenn er sich einen Vorgang vor andern Gläubigern verschaffen will. Es kennt keinen Eintrag von Amtswegen, wenigstens nicht für solche Personen, die für sich zu handeln fähig sind.

2) Wenn daher die Prozeßordnung im §. 1030 einen solchen Eintrag von Amtswegen anordnet, so läßt sich nicht vorweg behaupten, weil er nun einmal, gleichviel auf welche Art, in das Pfandbuch gekommen sei, so müsse er die Wirkung eines von dem Gläubiger selbst besorgten haben. Vielmehr hätte, wenn dieses die Absicht des Gesetzes gewesen wäre, und diese der bisherigen ganz fremde Verfahrungsweise hätte eingeführet werden wollen, ausdrücklich erklärt werden müssen, entweder daß der Eintrag dem Gläubiger Pfandrecht verschaffe oder doch, daß der Vollstreckungsbeamte von Gesetzes wegen hier im Interesse und für diesen Gläubiger den Eintrag zu machen habe. Aber keines von Beiden ist der Fall.

3) Der §. 1030 der Prozeßordnung setzt auch den Zweck des Eintrags vielmehr nur darein, daß „die Vollstreckungsverfügung“ später sich meldenden Gläubigern offenkundig gemacht werde; und seine Wirkung soll seyn, daß Letztere bei der Vollstreckung nicht berücksichtigt werden dürfen.*) Vergleicht man damit den Land-

***) Gegen den falschen Beweis, wenn die Urkunde auf solche Weise in ihrem Inhalte verändert würde, kann das im §. 434 freigegebene, richterliche Ermessen Schutz gewähren. Uebrigens ist die Gefahr einer solchen Veränderung gleich groß, die Aechtheit der Unterschrift mag durch Geständniß oder durch andere Beweismittel hergestellt sein, und der ehrliche Produkt kann ja doch wegen einer solchen Veränderung des Inhalts die ächte Unterschrift selbst nicht abläugnen, auch kann er durch Eideszuschiebung über die Aechtheit zu einem solchen Geständniß getrieben werden. D. Red.

*) Im Regierungsentwurfe lautete der §. 1034 (der jetzige §. 1030) folgendermaßen:

„Der Ortsvorgesetzte hat innerhalb der nächsten 24 Stunden nach Empfang der Verst. Verf. dieselbe in das Pfandbuch eintragen zu lassen.“

„Die Forderung erlangt von der Zeit der Eintragung an ein Pfandrecht, insoweit ihr nicht bereits ein älteres zusteht.“

Die Kommission der 2ten Kammer schlug nun vor, den 1ten Absatz anzunehmen und statt des 2ten Absatzes folgendes aufzunehmen:

„Die Eintragung in das Pfandbuch hat die Wirkung, daß diejenigen Gläubiger, welche erst später noch Vorzugs- oder Unterpfandsrechte auf die zu versteigernden Güter eintragen lassen, bei der Vollstreckung nicht berücksichtigt werden dürfen, daß rücksichtlich ihrer, namentlich die in §. 1060 (jetzt §. 1056) vorgeschriebene Befreiung selbst alsdann eintritt, wenn auch die im §. 1040 (jetzt §. 1036) erwähnte Ankündigung ihnen nicht geschah.“

Für die Weglassung von Absatz 2 des Entwurfs ist auffallender Weise im Kommissionsberichte kein Grund angegeben, hinsichtlich des neu vorgeschlagenen Satzes aber bemerkt,

„daß ein von dritten Gläubigern erst nach Eintrag der Versteigerungsverfügung erwirktes Vorzugs- oder Unterpfandsrecht demjenigen Gläubiger, der die Versteigerung erwirkte, in der Vollstreckung nicht präjudiziren soll, da nach §. 1060 (1056) die Versteigerungsankündigung an die im Pfandbuch bemerkten Gläubiger (§. 1040, jetzt 1036) die Folge hat, daß hinsichtlich derselben nach auf Anweisung geschehener Zahlung des Steigpreises die Befreiung des versteigerten Gutes von der Pfandlast eintritt, welche Befreiung also hier auch ohne Ankündigung eintreten muß, weil der später, nämlich nach der

Digitized by Google

rechtsatz 2204 a., so wird es klar, daß die durch §. 1030 der Prozeßordnung bezweckte Offenkundigkeit jene später sich meldenden Gläubiger vor Schaden warnen soll, weil schon nach dieser landrechtlichen Bestimmung der Schuldner keine Veräußerung, also auch keine Verpfändung der dem Zugriff unterworfenen Sache mehr vornehmen konnte; es ergibt sich daraus ferner, daß die in eben diesem Paragraphen dem Eintrag beigelegte Wirkung im Grunde keine andere ist, als welche das Landrecht schon mit der Zustellung der Vollstreckungsverfügung an den Schuldner verbunden hatte.

4) Dazu kommt endlich noch der §. 1076 der Prozeßordnung, welcher ausdrücklich erklärt, daß der Gläubiger durch die Vollstreckung kein Recht auf vorzügliche Befriedigung erlangt, der sich daher in einem unauflöslichen Widerspruch mit dem §. 1030 befinden würde, wenn man dem durch den Vollstreckungsbeamten bewirkten Eintrag ein Unterpfandsrecht beilegen wollte. Mag demnach auch die Verordnung des § 1030 für den Gläubiger, der die Vollstreckung erwirkte, gleichen Erfolg haben, wie wenn er vom Tage des Eintrags Unterpfandsrecht genösse, so ist dieser Erfolg doch nicht das Ergebniß des Unterpfandsrechtes, welches auch beim Gantausbruch fortwirken müßte; sondern er wird durch §. 1076 der Prozeßordnung an die beschränkende Bedingung geknüpft, daß vor der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens — §. 1074 der Prozeßordnung — kein Ganterkenntniß erfolgt.

A. d. Ge. ꝛc.

2) Von welchem Tag an wirkt das bedungene Unterpfand?

In demselben Konkurse liquidirte Brehm eine Forderung von 500 fl. nebst Zinsen, und nahm dafür ein bedungenes Unterpfandsrecht vom 3. August 1836, als dem Tag der Inscription, in Anspruch, obgleich die Pfandurkunde selbst am 22. August 1836 ausgefertigt, und die Auszahlung des Darlehens erst unterm 6. Juni 1837 erfolgt war.

Das Ganturtheil locirte diese Foederung in III. Klasse mit Unterpfandsrecht vom Tag der Zahlung an und setzte sie zwei andern Gläubigern, deren Unterpfandsrechte sich vom 5. und 24. August 1836 datieten, nach.

Brehm ergriff hiergegen die Berufung, weil ihm das Unterpfandsrecht nicht vom 3. August 1836 an zuerkannt worden; indem er bestritt, daß solches erst vom Tag der Quittung an wirke. Der Pfandeintrag sei nämlich ein Consensualvertrag, und vom Tag seiner Perfection laufe das Pfandrecht. Brauer Erl. Bd. III. p. 7 u. Bd. V. §. 886.

Mit der verdeckt vorgeschützten exceptio non numeratae pecuniae könne man bekanntlich in unserem Recht nicht aufkommen; denn sei die Darleihe kein Real-, sondern, wie der accessorische Pfandvertrag, ein Consensualcontract, so müsse auch das Pfandrecht, unabhängig von der wirklichen Auszahlung des Darlehens, mit dem geschlossenen Vertrag beginnen.

Der appellatische Anwalt hingegen vertheidigte die im I. Jahrgang der Annalen Nr. 2, S. 14 — 16 entwickelte Ansicht (worüber in S. 3, 14, 16, 18 und 19 ibid. viel gestritten worden ist), beantragte die Bestätigung des Ganturtheils und bat eventuell, daß dem Appellanten nach Maaßgabe des Landrechtsatzes 2127 nur ein Pfandrecht vom 22. August 1836 zuerkannt werde.

Der Gerichtshof sprach jedoch durch abänderndes Erkenntniß vom 18. September laufenden Jahres auf den Grund des Landrechtsatzes 2134 dem Appellanten das Unterpfandsrecht vom 3. August 1836 zu.

Die hierher bezüglichen Entscheidungsgründe sagen:

„Zwar ist das Unterpfandsrecht nur ein accessorium der Hauptverbindlichkeit, indem es nach Landrechtsatz 2114 die verpfändeten Liegenschaften für die Zahlung einer Schuld zu haften verbindet, und läßt sich dasselbe daher ohne das Vorhandensein einer Schuld nicht denken. Auch ist es richtig, daß, so lange der Appellant das versprochene Darlehen nicht ausbezahlt hatte, er aus dem Eintrag ins Pfandbuch keine Unterpfandsrechte für sich ableiten konnte. Daraus folgt jedoch nicht, daß das Unterpfandsrecht erst vom Tage der Zahlung an zu datiren sei; denn der Darleih- und Unterpfandsvertrag war jedenfalls am 3. August 1836 abgeschlossen, und es hing demnach nur noch von dem Vollzuge desselben Seitens des Appellanten durch Zahlung der Darleihsumme ab, das ihm vom Entleiher bestellte Unterpfand wirksam zu machen. Nach Landrechtsatz 1179 wirkt aber eine erfüllte Bedingung rückwärts auf den Anfang des Geschäfts, und ist daher Appellant mit der Zahlung in das ihm dafür bewilligte Unterpfandsrecht vom Tage des Eintrags ins Pfandbuch eingetreten.

„Unerheblich ist die Berufung des appellatischen Theils auf Landrechtsatz 2127, weil der §. 26 des II. Einführungsedikts zum Landrecht ausdrücklich verordnet, daß lediglich das Alter der Einschreibung in das Hypothekenbuch,

---

Eintragung der Versteigerungsverfügung, vorgemerkte Vorzugs- oder Unterpfandsgläubiger durch die an ihn geschehene Ankündigung kein Recht erlangen kann, die Vollstreckung zu hindern."

„Hiedurch soll also dem später eingetragenen Gläubiger das Recht des Nachbietens, welches nach §. 1061 (1057) im Falle der Nichtbenachrichtigung dem eingetragenen ältern Pfandgläubiger eingeräumt ist, benommen seyn."

Bei der Berathung in der 2ten Kammer wurde alsdann der §. 1034 so gefaßt, wie er als §. 1030 des Gesetzes jetzt lautet.

D. Red.

Digitized by Google

nicht aber derjenige der durch das Amtsrevisorat ausgefertigten Pfandurkunde den Vorrang entscheiden soll.

A. d. Gr. ꝛc." Bayer.

III.

Rechtsfall.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Regreßklage gegen ein Pfandgericht.

E. hatte dem Schmidt M. in E. im Jahre 1833 ein bedeutendes Kapital gegen Pfandverschreibung geliehen. M. gerieth später in Gant, und es gingen in dieser 204 fl. der E'schen Forderung verlorrn, weil der Erlös aus den Pfandobjekten zur Befriedigung der ganzen Forderung nicht hinreichte. E. belangte nun die Mitglieder des Pfandgerichts von E. wegen Ersatzes jenes Verlustes, auf den Grund einer unrichtigen Taxation der Pfandobjrkte zur Zeit der Ausstellung der Obligation.

Der Unterrichter erkannte, dem Klagbegehren gemäß. Einige Mitglieder des Pfandgerichts appellirten, und es erfolgte in zweiter Instanz am 6. Mai 1840 zu Gunsten der Appellanten ein abänderndes Urtheil dahin, daß die Klage abgewiesen sei *).

Entscheidungsgründe.

Nach §. 26 des zweiten Einführungsediktes zum Landrechte sollen bei bedungenen Unterpfändern die Pfandschreibereien das zu gebende Unterpfand „ordnungsmäßig taxiren lassen", und dann für Schaden haften, „wenn die als Unterpfand verschriebenen Güter nicht ordnungsmäßig taxirt sind."

Dieser Mangel der „Ordnungsmäßigkeit" bei einer Taxation ist nun in Hinblick auf die Landrechts-Sätze 1382, 1383 verbunden mit Satz 2127a dann vorhanden, wenn das Pfandgericht bei der Taxation ein Gut absichtlich über seinen Werth anschlagen ließ, also eine unrechte That beging, oder wenn eine Nachlässigkeit oder Unverständigkeit des Pfandgerichts (ein Versehen desselben) eine unrichtige Schätzung, welche hätte vermieden werden können (Satz 2127a, Nr. 3, Absatz 3), herbeiführte.

Zu Begründung einer aus der Taxation eines Unterpfands abgeleiteten Regreßklage gegen ein Pfandgericht gehört daher, daß der Kläger in der Klage ein solches Versehen oder Vergehen mit Bestimmtheit anführt, und es versteht sich dann, bezüglich auf §. 400 der Prozeßordnung von selbst, daß der Kläger auf die speziellen Thatsachen, aus welchen das Vergehen oder Versehen hervorgehen soll beweise.

Der Umstand allein, daß bei einer spätern Güterversteigerung weniger als die frühere Taxe erlöst worden ist, würde nicht einmal zu dem Schlusse berechtigen, daß das Gut bei der Versteigerung keinen höhern Werth gehabt habe, weil die Erzielung eines größern oder geringern Kaufpreises bei einer Versteigerung (namentlich bei einer Zwangsversteigerung) von einer Reihe reiner Zufälligkeiten abhängt.

Noch weniger aber rechtfertigt sich aus jenem Mindererlöse bei der Versteigerung die Annahme, daß das Gut einige Zeit vorher nicht den in einer Pfandurkunde angegebenen höhern Werth gehabt habe, daß „dessen Werth nicht nach dem geringsten Anschlage der seit Jahr und Tag üblichen Preise bei dem Verkauf" von dem Pfandgerichte bestimmt gewesen wäre.

Im vorliegenden Falle kam die hauptsächlichste Abweichung des ursprünglichen Anschlags, von dem Erlöse bei der Versteigerung, an Gebäuden vor; und es ist hierbei noch besonders in Betracht zu ziehen, daß Objekte dieser Art oft schon in kurzer Zeit durch ihre Benutzung an ihrem frühern Werthe bedeutend verlieren können.

In der gegen das Pfandgericht von E. erhobenen Klage sind nun keine andere spezielle Thatsachen, welche ein Versehen oder Vergehen jenes Pfandgerichts darthun sollen, angeführt, als daß die nämlichen Pfandgerichtsmitglieder, welche bei der Pfandverschreibung die Taxation gefertigt hatten, bei drr 16 Monate spätern Zwangsverstrigerung der betreffenden Güter dieselben um 1115 fl. niedrer angeschlagen hätten, und daß bei der Versteigerung selbst noch beiläufig 200 fl. weniger erlöst worden seien, aus welchen Thatsachen denn der Schluß gezogen werden will, daß die Güter ursprünglich unrichtig geschätzt worden sein müßten.

Diese Anführungen genügen aber nach dem Eingangs-Bemerkten an und für sich nicht, um eine unrechte That oder ein Versehen darzuthun. Es bedurfte deshalb keines Beweiserkenntnisses, und zwar noch aus dem weitern Grunde, weil nur über Thatsachen, nicht aber über Schlußfolgerungen, ein derartiges Erkenntniß statthaft ist (Prozeßordnung §. 393), die Prämissen obigen Schlusses aber nicht streitig sind.

Der Unterrichter hat zwar durch seinen Bescheid vom 25. März 1837 den Beklagten den Beweis darüber auferlegt, daß im Jahre 1833 die betreffenden Liegenschaften den in der Pfandurkunde angegebenen Werth gehabt hätten; und die Beklagten traten diesen Beweis auch wirklich an.

Allein die Antretung desselben ist für die Beklagten unpräjudicierlich (Prozeßordnung §. 405), weil ihnen schon im Allgemeinen kein Beweis darüber oblag: daß sie sich

*) Da dieser Fall nur wegen der ausgesprochenen Grundsätze mitgetheilt wird, so bedarf es keiner weitern thatsächlichen Anführungen.

Digitized by Google

keines Vergehens oder Versehens schuldig gemacht hätten; der Beweis des Daseins eines solchen vielmehr vom Kläger selbst zu führen war, da unrechte Handlungen nirgends vermuthet werden. Landrechts-Satz 1117 b.

Sofern aber der erhobene Beweis (durch Sachverständige) auch so angesehen werden könnte, als wäre er auf Veranlassung der Gegenbeweisantretung des allein beweispflichtigen Klägers erhoben worden, so würde er als unerheblich erscheinen, weil alsdann zwei Expertisen einander entgegenträten; nämlich diejenige, welche die Beklagten selbst bei Gelegenheit der M'schen Kapitalaufnahme, in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Pfandgerichts abgaben, und diejenige, welche im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits erhoben und der unterrichterlichen Entscheidung zu Grunde gelegt wurde. Die Letztere würde nicht geeignet sein, die Wahrhaftigkeit der erstern zu beseitigen. Theils weil bei dieser die Beklagten in einer offiziellen Stellung handelten, und darum einer besondern Glaubwürdigkeit genießen; auch, was den Werth des Hauptobjekts (des M'schen Gebäudes) betrifft, sich auf die Autorität des (von Technikern herrührenden) Brandversicherungs-Anschlags stützten; theils weil die zweite Expertise mehrere Jahre nach der Taxation der Beklagten erhoben wurde, und es als ein gewagtes Unternehmen erscheint, ein Gutachten darüber abgeben zu wollen, welchen Werth ein Haus oder ein Acker vor Jahren gehabt hatte, wie auch die vom Amte zuerst *) vernommenen Experten F. und Consorten richtig anerkannten. Kirn.

IV.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

In wie fern findet gegen Purifikationsbescheide die Appellation statt? Prozeßordnung, §. 606 und 1172.

In dem Rechtsstreite, dessen Entscheidung hier mitgetheilt wird, hatte Kläger eine zweifache Klage erhoben;

1) die auf Erfüllung eines Liegenschaftsverkaufs im Werth von 50 fl.
2) die auf Zahlung eines Darlehns von 33 fl.

Die erstere Klage war, weil sie ein von der Frau des Beklagten in die Ehe eingebrachtes Gut betraf, gegen beide Eheleute, die letztere nur gegen den beklagten Ehemann gerichtet.

Beklagten läugneten die Klagthatsachen, und es wurde ihnen der Haupteid vom Kläger zugeschoben.

Dieselben machten auf die Einrede der Wettschlagung gestützt auf ein Darlehn von 22 fl. geltend, welches Kläger ebenfalls läugnete, und worüber sie ihm Handgelübde zuschoben.

Die differirten Eide wurden von den Beklagten und das Handgelübde vom Kläger angenommen; und das Amt erließ am 8. Oktober 1840 Urtheil, welches auf gedachte Eid- und das Handgelübde erkannte, wegen der Kaufsklage insbesondere wurde erkannt, daß, wenn beide Beklagten „schwören, Kläger abzuweisen sei, daß sie aber, wenn sie den Eid verweigern, zur Lieferung der Liegenschaft zu verurtheilen seien."

In der nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils anberaumten Eidestagfahrt vom 10. Oktober 1840 erklärte der beklagte Ehemann: er schwöre nicht, zugleich beurkundet das Protokoll des Amts, daß der Beklagte dem Kläger das ihm deferirte Handgelübde erlassen hätte, darüber ob die Ehefrau des Beklagten zum Eid zugelassen zu werden bat, oder was sie sonst für eine Erklärung gab, schweigt das Protokoll, es endigt aber mit dem Beschluß, daß bei der Eidesverweigerung des beklagten Ehemannes der Eid der Frau als unnütz hinwegfalle; und daraufhin wird das Urtheil so purificirt, als wenn der Eid von beiden Eheleuten verweiget worden wäre.

Auch hinsichtlich der Darleihesschuld ad 33 fl. wurde nun der Beklagte pure verurtheilt. —

Gegen diesen Bescheid erhoben die Beklagten Appellation und beschwerten sich

a) darüber, daß das Amt hinsichtlich der Kaufsklage die bloße Eidesverweigerung des Mannes der Verweigerung durch beide Ehegatten gleichstellte, während die befragte Liegenschaft Ehesteuer der Frau sei, welche nicht einmal mit ihrer Zustimmung vom Mann gültig verkauft werden konnte;

b) darüber, daß hinsichtlich der Darlehensforderung des Klägers ad 33 fl. eine Eidesverweigerung des Beklagten Ehemannes angenommen wurde, während in Wirklichkeit hinsichtlich dieses Postens eine Eidesrelassung durch Kläger vorliege.

Es seien nämlich in der Eidestagfahrt der Kläger und Beklagte dahin mit einander übereingekommen, daß ersterer dem letzteren den Eid über die 33 fl., und dieser jenem das Handgelübde über die 22 fl. erlasse.

Ueber die Wahrheit dieser letztern Behauptung wurde dem Kläger der Eid deferirt.

*) Das Amt hatte nämlich vor der seinem Urtheile zu Grund gelegten Expertise schon eine Andere erhoben, deren Resultat aber für ungenügend erachtet, daher in Anwendung des §. 550 der Prozeßordnung neue Experten bestellt.

Digitized by Google

Das Hofgericht des Oberrheinkreises gab folgendes

Urtheil

J. S.

Anton Schwend d. a. zu Breisach Kläger Appellaten gegen Metzger Nikolaus Deseptes Eheleute allda Beklagten Appellanten, Haltung eines Kaufs, Forderung und Gegenforderung betreffend,

wird auf ꝛc. zu Recht erkannt, das Urtheil des Amtes vom 10. Februar 1840, in so weit es bestimmt, daß der Fall der Eidesverweigerung durch den beklagten Ehemann der Eidesverweigerung durch beide beklagten Eheleute rechtlich gleichgestellt werde, sei dahin abzuändern:

daß Kläger mit seiner Klage auf Lieferung des in Streit befangenen Mattenstücks auch dann schon abzuweisen sei, wenn der beklagte Ehemann den zugeschobenen Eid zwar verweiget, die Ehefrau aber solchen schwört.

In den übrigen Beschwerdepunkten aber die eingewandte Appellation für unstatthaft zu erklären, Kosten dieser Instanz zu vergleichen, die der ersten Instanz aber haben Beklagten im Falle der Eidesverweigerung durch die Ehefrau ganz; im Falle des Schwörens zu $^2/_3$ und Kläger zu $^1/_3$ zu tragen.

V. R. W.

Gründe.

1) Beiden Beklagten wurde der Eid wegen Verkaufs des Grundstücks, welches Beibringen der auf rein gesetzliche Güteregemeinschaft geehlichten beklagten Ehefrau ist, deferirt, beide haben solchen auch, und zwar successiv angenommen, in der Eidestagfahrt hat nur der Mann den Eid verweigert, für diesen Fall hatte das Erkenntniß des Amts vom 8. Oktober, welches auf den Eid erkannte, keine Bestimmung gegeben, indem zwar auf der einen Seite allerdings die Abweisung mit der Klage von der Leistung beider Eide abhängig gemacht war, auf der andern Seite aber auch die Verurtheilung der Beklagten durch die Verweigerung beider Eide bedingt wurde.

In dieser neuen, das Urtheil vom 8. Oktober 1840 vervollständigenden Bestimmung ist der Amtsbeschluß vom 10. Febeuar kein Purifikationseekenntniß im Sinne der P. O. §. 606, sondern ein Urtheil im Sinne des §. 1172 gegen welches, da der Streitgegenstand 50 fl. beträgt, Appellation Statt hat.

Die Beschwerde wegen dieser Bestimmung ist auch begründet, weil die Theile darüber einig sind, daß das Grundstück von der beklagten Ehefrau zugebracht sei, mithin die Thatsache, daß solches von ihr oder doch unter ihrer Mitwirkung verkauft worden sei, mit der Wirkung der Lieferungsverbindlichkeit jedenfalls gegen sie, nur dann als wahr angenommen werden kann, wenn sie selbst den Eid verweigert.

Die für diese Beschwerde in der Appellationsinstanz neu gemachte Anführung, daß das befragte Grundstück Ehesteuer der beklagten Ehefeau sei, welche zufolge L. R. S. 1554 nicht einmal mit Einwilligung der letztern gültig veräußert werden konnte, ist, abgesehen von der Frage, ob diese Einrede nicht zufolge L. R. S. 1555—1559 einer andern thatsächlichen Begründung bedurft hätte, schon aus dem Grunde unerheblich, weil diese Beschwerde, soweit solche nur gegen den amtlichen Ausspruch vom 10. Februar 1840 gerichtet ist, schon in dem obigen ihre volle Begründung findet, soweit aber, als sie auch gegen die im Urtheil vom 8. Oktober schon gemachte Bestimmung, daß für den Fall der Eidesverweigerung durch beide Beklagten diese den Kauf zu erfüllen schuldig seien, geeichtet werden wollte, ihr die längst eingetretene Rechtskraft dieses Urtheils im Weg steht.

2) Hinsichtlich der klägerischen Forderung von 33 fl. für Darlehen und Zehrung war dem Beklagten allein der Eid auferlegt, ee beschwert sich jetzt gegen den Ausspruch vom 10. Februar 1840, weil solcher ihn pure verurtheilte, ohnerachtet die im Urtheil vom 8. Oktober gesetzte Bedingung der Eidesverweigerung nicht eingetreten sei, sondern eine Eidesrelassung in dieser Beziehung vorlag, die Wahrheit dieser thatsächlichen Anführung würde der Appellation auch hinsichtlich dieses Punktes Eingang verschaffen, weil auch ein solcher Ausspruch kein reiner Purifikationsbescheid, sondern eine neue Entscheidung im Sinne des §. 1172 wäre, allein die Unwahrheit der Behauptung ist durch das amtliche Protokoll vom 10. Februar 1840 nachgewiesen, indem nach demselben der Beklagte in der Eidestagfahrt schlechthin das Schwören verweigerte, und wohl ein Eideserlaß von seiner Seite, keineswegs aber ein solcher von Seite des Klägers beurkundet ist; wenn nun Beklagter gegen diese vollbeweisende Urkunde den Beweis durch Eidesdelation in dieser Instanz angetreten hat, so steht dem der L. R. S. 1360 a. entgegen; die Appellation erscheint daher hinsichtlich dieses Punktes unstatthaft

3) In allen übrigen Beschwerdepunkten ist die Appellation lediglich theils gegen das längst rechtskräftige Urtheil vom 8. Oktober 1840 theils gegen rein purificirende Bestimmungen des Ausspruches vom 10. Februar 1810 grichtet, und deßhalb unstatthaft.

4) Die Kostenbestimmung gründet sich auf P. O. §. 170.

Tr.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 40. | Karlsruhe den 2. October 1841.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über eine durch Verjährung erworbene Wassergerechtigkeit. Zur Erläuterung des Landrechtsatzes 640. 643 und insbesondere 642.

Auf der Wiese des Beklagten entsprangen mehrere Quellen, welche der Beklagte auf seiner oben gelegenen Wiese herumleitete, und welche der mit seiner Wiese unten anstoßende Kläger ebenfalls zur Wässerung seines Eigenthums benutzte. Der Beklagte kaufte ein seitwärts seiner Wiese gelegenes Gelände, legte dasselbe zu einer Wiese an, und wässerte dieselbe gleichfalls aus den auf seiner alten Wiese entspringenden Quellen in der Art, daß zwar Kläger immerhin noch Wasser auf seine Wiese erhielt, jedoch in geringerm Maaß als früher.

Kläger stellte deshalb eine Klage gegen den obern Anstoßer dahin an, daß derselbe angehalten werde, die Wässerung seiner neuen Wiese aus den Quellen der alten Wiese zu unterlassen, und ihm seine frühere Wässeeung ungeschmälert zu belassen, und begründete seine Klage durch den Landeechtsatz 640, daß Beklagter hiernach überhaupt nichts an dem Zustand der Wässerung ändern dürfe; sodann duech den Landrechtsatz 643, daß er als Eigenthümer des Hofs, wozu seine Wiese gehöre, das Recht gegen den Beklagten besitze, daß derselbe an dem seitherigen Lauf der fraglichen Quellen nichts ändern dürfe; und endlich auf die Verjährung der Landrechtsätze 641. 642.

Ueber die Verwerflichkeit der aus den Landrechtsätzen 640. 643 entnommenen Klaggründe war man in 1. und 2. Instanz einverstanden.

Offenbar geht der Landrechtsatz 640 von den Rechten des obern Eigenthümers gegen den unten Liegenden aus. Der untere Eigenthümer muß das vom obern abfließende Wässer als eine Last seines Eigenthums aufnehmen. Im vorliegenden Falle verfolgt aber der Kläger als unten liegender Eigenthümer den Wasserlauf vom obern Eigenthum als ein Recht seines Eigenthums. Wenn er eine Klage aus dem Landrechtsatz 640 anstellen will, so kann sie nur dahin gehen, daß der obere Eigenthümer durch Veränderungen des Wasserlaufs seine Last erschwere. Er klagt aber über eine Verminderung des Wassers, über eine Minderung seines Rechts, und dafür kann er aus dem Landrechtsatz 640 nichts ableiten. Beiläufig gesagt, so war auch hier die Verbindung des Klaggrunds aus dem Landrechtsatz 640 mit dem des Landrechtsatzes 642 für den Kläger gefährlich, und wird es in allen Fällen sein. Der Landrechtsatz 640 geht nämlich von dem natürlichen Lauf des Wassers aus, wie es ohne besondere Vorrichtungen abfließt. Der Landrechtsatz 642 setzt dagegen zu der hauptsächlichsten Klagbegründung gerade besondere Anlagen und Vorrichtungen hinsichtlich des Wasserlaufs voraus, so daß also ein beide Klaggründe hinsichtlich eines und desselben Eigenthums verbindender Kläger in einem Athem den Nichtbestand und den Bestand besonderer Anlagen und Vorrichtungen wegen eines Wasserlaufs behaupten muß, was sich auch für einen feinen Juristen nicht wohl machen läßt.

Der Klaggrund des Landrechtsatzes 643 war aber hier verwerflich, weil er offenbar nur von der Benutzung des Wassers als Getränk für Menschen und Thiere ausgeht, und weil es sich hier nicht davon handelt, sondern die Bewässerung einer Wiese in Rede steht. Diese Auslegung des Landrechtsatzes 643 folgt insbesondere daraus, daß er von den Rechten der Einwohner einer Gemeinde und dergleichen spricht, während im Landrechtsatz 642 und 644 von der Bewässeeung des Eigenthums die Rede ist.

Zweifelhafter waren dagegen die That- und Rechtsverhältnisse des aus dem Landrechtsatz 642 geschöpften Klaggrunds. Dem Kläger wueden sämmtliche im Landrechtsatz 642 enthaltenen Voraussetzungen der Erwerbung seines angesprochenen Rechts durch Verjährung auferlegt. Er trat den Beweis durch Zeugen an, und obschon durch diese Zeugen erwiesen war, daß er durch 30 Jahre hindurch die Quellen des Beklagten auf seinem Eigenthum zur Wässe-

Digitized by Google

rung benutzte; obschon durch Augenschein und durch Sachverständige erwiesen war, daß sowohl auf dem Eigenthum des Beklagten als des Klägers offene Anlagen bestanden, in denen wenigstens jetzt der Kläger das Wasser zur Wässerung seines Eigenthums benutzte, so wurde er doch in zweiter Instanz mit seiner Klage abgewiesen, während ihm der Unterrichter das angesprochene Recht zugewiesen hatte.

Bei der Erörterung der Sache kam vorerst die bekannte Streitfrage des Landrechtsatzes 642 in Anregung, ob die darin erwähnten Anlagen sich auf dem Eigenthum des obern oder untern Besitzers befinden müssen. Da sich jedoch auf dem beiderseitigen Eigenthum Anlagen zum Wasserlauf zeigten, so wurde diese Streitfrage thatsächlich dadurch auf die Seite geschoben. Mir scheint sie übrigens mit Unrecht zu einer Streitfrage gemacht worden zu sein. Es ist zwar richtig, daß man aus dem Wortlaut des Landrechtsatzes 642, wo er von offenen Anlagen spricht, die den Fall und den Einlauf des Wassers auf das untere Eigenthum befördern, entnehmen könnte, daß sich die offenen Anlagen auch in das Eigenthum des obern Besitzers hineinerstrecken müssen. Man kann nämlich sagen: Die Anlagen, welche den Einlauf eines Wassers in ein Eigenthum befördern sollen, müssen schon naturgemäß auf dem ersten Anfang des untern Eigenthums sich befinden, weil hier auf dieser Gränze der Einlauf geschehen muß. Da nun aber der Landrechtsatz 642 nicht nur Anlagen fordert, welche den Einlauf in das untere Eigenthum befördern, sondern noch weiters Anlagen verlangt, welche den Fall des Wassers in das untere Eigenthum befördern, so sind dieses solche Anlagen, welche dem Wasser die Richtung geben, daß es in den Einlauf des Wassers in das untere Eigenthum gelangt. Der Einlauf des Wassers in ein Eigenthum liegt aber nothwendigerweise auf der Gränze des beiderseitigen Eigenthums, und so müssen die Anlagen, welche den Fall des Wassers in den auf der Gränze befindlichen Einlauf des Wassers befördern, auf dem Eigenthum des obern Besitzers sich befinden. Allein gerade weil die Anlage, welche den Einlauf des obern Wassers auf das untere Eigenthum befördert, sich auf der Gränze des beiderseitigen Eigenthums befinden wird, so ist sie damit auch eine Anlage auf dem Eigenthum des obern Besitzers. Diese Gränze ist der Zusammenstoß beiderseitigen Eigenthums, und eine in ihr befindliche Anlage ist also auf beiderseitigem Eigenthum errichtet, und ebendeshalb möchte es wohl mehr dem Landrechtsatz 642 entsprechen, wenn man die Anlagen nicht sowohl darnach untersucht, wo sie liegen, als vielmehr darnach, daß sie die offen in die Augen fallende Bestimmung haben, das obere Wasser aufzufangen, und in das untere Eigenthum zu leiten. Ist dieses der Fall, so sind sie Anlagen, welche in einem thatsächlichen Verhalt zu dem Wasser des obern Besitzers stehen, und werden sie vom untern Eigenthümer errichtet und seit 30 Jahren benutzt, so ist gewiß alles vorhanden, was der Landrechtsatz 642 verlangt. Die Verschiedenheit der Lage des Bodens, des Ursprungs der Quellen, ihres naturgemäßen Falls ist so groß, daß man aus dem alleinigen Ort einer Wässerungsanlage auf dem obern Eigenthum nicht behaupten kann, daß nur aus diesem Ort die Absicht des untern Eigenthümers folge, sich ein Recht auf diese Quelle zu erwerben. Diese Absicht muß vielmehr aus dem ganzen Umfang der Verhältnisse beiderseitigen Eigenthums und der Quelle, und aus der gesammten Richtung der Anlagen auf diese Verhältnisse entnommen werden, und geht sie daraus klar hervor, so ist den Anforderungen des Landrechtsatzes 642 Genüge geschehen.

Davon ausgegangen, so muß man aber auf eine anderweitige Anforderung des Landrechtsatzes 642 ein um so größeres Gewicht legen, und daß der Kläger in dieser Beziehung alles vernachlässigt hatte, war der Grund seiner Abweisung. Die offenen Anlagen waren wohl bewiesen, es war auch noch zur Noth dargethan, daß seit 30 Jahren Anlagen zur Wässerung bestanden, es war mit Gewißheit dargethan, daß seit 30 Jahren des Klägers Wiese aus den Quellen des Beklagten Wasser empfing, aber darüber war lediglich nichts dargethan, wer die Anlagen errichtet hatte.

Nach Landrechtsatz 642 werden die 30 Jahre von dem Augenblick an gerechnet, wo der untere Eigenthümer die offenen Anlagen zur Beförderung des Falls und des Einlaufs der Quellen des obern Eigenthümers gemacht und beendigt hatte. Der Landrechtsatz 642 ertheilt dem untern Eigenthümer ein Recht auf die Quellen des obern Eigenthümers durch Verjährung, d. h. durch einen Besitz. Nach Landrechtsatz 641 ist die obere Quelle das Eigenthum des obern Eigenthümers. Der natürliche Lauf des Wassers führt sie auf das untere Eigenthum. Der Umstand, daß sie über das untere Eigenthum fließt, ist daher für sich kein Beweis des Rechtsverhältnisses des Besitzers als Recht, als Eigenthum des untern Eigenthümers sind dagegen offene Anlagen auf dem beiderseitigen Eigenthum ersichtlich, welche in einem Bezug auf die darauf befindlichen Quellen stehen, so folgt daraus allerdings, daß diese Quelle in einem Rechtsverhältniß des einen oder des andern Eigenthümers steht. Nach Landrechtsatz 640 müssen aber die untern Grundstücke das Wasser der obern als eine ihnen aufliegende Dienstbarkeit aufnehmen, und obschon dieser Landrechtsatz 640 von dem natürlichen Lauf des Wassers ohne besondere Vorrichtungen spricht, so steht denn doch nichts im Wege, daß der obere Eigenthümer jedenfalls auf seinem Eigenthum und selbst noch mit Bewilligung des untern Eigenthümers auf

Digitized by Google

dessen Eigenthum Anlagen treffen kann, welche ihm zur Benutzung der Quellen auf seinem Boden so wie dazu dienen, das gebrauchte oder das überflüssige Wasser aus seinem Eigenthum wegzuschaffen. Behält man nun, wie man muß, immer den obern Grundsatz des Landrechtsatzes 641 im Auge, daß Jeder auf seinem Grund und Boden Eigenthümer der darauf entspringenden Quellen ist, so folgt aus dem Umstand, daß sich auch auf dem Eigenthum des untern Besitzers Anlagen finden, welche in einem Bezug auf die Quellen des obern Besitzers stehen, noch kein rechtlicher Schluß, daß diese Anlagen dazu bestimmt sind, das Recht des obern Besitzers zu schmälern. Sie können von ihm selbst angelegt sein, um sich des Abwassers zu erledigen, und wenn sie auch von dem untern Besitzer zur Bewässerung seines Eigenthums gebraucht werden, so braucht er sie nicht als sein Recht gegen den obern Besitzer, sondern er benutzt sie als die ihm obliegende Last des Landrechtsatzes 640, gleichwie der Eigenthümer eines Felds auch über den Fußweg geht, der einem Angrenzer zusteht. Erst dann, wenn bewiesen wird, daß die Anlagen zur Beförderung des Falls und des Einlaufs einer Quelle auf ein unteres Grundstück vom untern Besitzer errichtet wurden, verändert sich seine Last des Landrechtsatzes 640 in das Recht des Landrechtsatzes 642. Erst damit ergreift er von der Quelle des obern Eigenthums als dem Eigenthum des obern Besitzers einen eigenen zur Verjährung tauglichen Besitz, und wer sich daher auf das Recht des Landrechtsatzes 642 berufen will, muß nicht nur den 30jährigen Genuß des Wässerungsrechts, den Bestand von offenen Anlagen zur Beförderung des Falls und des Einlaufs des Wassers des obern Besitzers auf sein unteres Grundstück, sondern auch den Umstand beweisen, daß diese offenen Anlagen von ihm oder seinen Rechtsvorfahren errichtet worden sind. Es ist dieser Beweis auch deshalb um so mehr zu fordern, als dergleichen offene Anlagen zur Beförderung des Falls und des Einlaufs eines Wassers von einem obern Grundstück in ein unteres nachgerade nicht künstlicher Art zu sein pflegen, sondern als einfache Rinnsale des Wassers auch durch die Natur hervorgebracht werden, und es deshalb um so leichter zu Zweifeln führen können, ob die vorhandenen offenen Anlagen wirkliche Besitzhandlungen des untern Eigenthümers gegen den obern sind.

Sander.

II.

Kann eine unfürdenkliche Verjährung durch Eideszuschiebung allein erwiesen werden?

Der Begriff der unvordenklichen Zeit beruht auf dem Bewußtsein von zwei Menschenaltern. Das Menschenalter begreift einen Zeitraum von 40 Jahren in sich. Die Jetztlebenden sollen wissen, daß der gegenwärtige Zustand, so lange ihre Erinnerung reicht, unverändert bestanden hat; es soll ihnen ferner von ihren unmittelbaren Vorfahren nicht die Wahrnehmung eines entgegengesetzten Zustandes mitgetheilt worden sein. Dadurch erhält die Thatsache der unvordenklichen Zeit zwei Theile, einen positiven und einen negativen. Auf beide Theile muß der Beweis gerichtet werden ꝛc.

v. Savigny, System des heut. röm. Rechts. Bd. IV. S. 517 u. 520. Landordnung v. 1803. Reg. Bl. Nr. X.

Will man nun im Jahr 1841 eine unfürdenkliche Verjährung erweisen, welche bei Einführung des neuen Landrechts am 1. Januar 1810 bereits vollendet gewesen sein soll, so müssen die Zeugen damals das 54ste und jetzt das 85ste Lebensjahr zurückgelegt haben. Wenn aber mit einem so hohen Alter, welches in Süddeutschland ohnehin zu den Seltenheiten gehört, kein ungeschwächtes Gedächtniß mehr verbunden ist, so wird dieses Beweismittel für die Folgezeit unanwendbar werden.

Da es nicht minder schwierig, ja fast unmöglich ist, den Beweis einer unfürdenklichen Verjährung durch Urkunden allein zu führen, so gewinnt die in der Aufschrift gestellte Frage desto mehr praktische Bedeutung. Wollte man übrigens aus dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen über den Beweis einer unvordenklichen Verjährung durch Eidesdelation geradezu folgern, daß die Letztere schlechthin unstatthaft sei, so würde man in so fern zu weit gehen, als die Frage nach den allgemeinen Grundsätzen von der Zulässigkeit des Haupteides zu beurtheilen sein dürfte. Von diesem Gesichtspunkte scheinen auch die meisten Rechtslehrer auszugehen. Unter anderen sagt Thibaut, über Besitz und Verjährung, im §. 85: „Da es Regel ist, daß der Beweisführer seinem Gegner über das zu Beweisende einen Eid zuschieben und damit dessen Gewissen die Entscheidung der Sache überlassen kann, so läßt es sich nicht wohl in Zweifel ziehen, daß die Eidesdelation auch bei dem Streit über die Existenz eines unvordenklichen Besitzes völlig rechtsbeständig ist."

Ueber das Eidesthema selbst schweigt Thibaut.

Dagegen bemerkt v. Savigny a. a. O. S. 524—25: „Auch der Eid als Beweismittel ist sehr streitig. Daß er zur bloßen Ergänzung gebraucht werden kann, sowohl bei halbem Beweis, als für einzelne, durch den Zeugenbeweis nicht berührte Stücke der Zeit, ist nicht zu bezweifeln. Allein auch selbstständig kann der Eid darüber zugeschoben werden:

> daß der Gegner die ununterbrochene Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei Menschenalter weder wisse noch glaube."

Digitized by Google

Ueber die Irrelevanz und Lückenhaftigkeit einer solchen Eidesformel ist kaum etwas zu sagen nöthig. Bei der Bestimmung des Beweissatzes zeigt sich die Unanwendbarkeit des Beweismittels selbst am klarsten.

Was eine Partei in Bezug auf ihr vermeintliches Recht glaubt oder nicht glaubt, ist für die Entscheidung ganz gleichgültig. Es kommt lediglich darauf an, ob Jemand eine Thatsache, von welcher Rechte und Verbindlichkeiten abgeleitet werden, wissen muß oder kann.

Wer einen zugeschobenen Eid ausschwören soll, muß möglicherweise Kenntniß von der Sache haben können.

Martin, Bürg. Proc. §. 213. Thibaut, Pandect. §. 1165. Eid. Ord. § 10.

Wie wäre es aber möglich, daß Jemand aus eigener Wahrnehmung oder Erfahrung wissen könnte, was sich vor seiner Zeit ereignet hat?

Gehen wir nun auf unsere sonderrechtlichen Bestimmungen näher ein, so tritt die Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung, als für sich bestehendes Beweismittel, bei der Immemorialpräscription noch mehr hervor, nicht nur, weil der Glaublichkeitseid hierlands schlechthin aufgehoben, sondern auch, weil die Zuschiebung des Eides nur statthaft ist:

1) über eigene Handlungen dessen, dem er zugeschoben wird,
2) über Handlungen seines Rechtsvorfahrers und derjenigen Personen, für deren Handlungen er haftet.

Im ersten Fall ist das Nichtwahrsein, im zweiten das Nichtwissen der Thatsachen oder Handlungen zu beschwören, worüber der Eid zugeschoben ist.

Eid. Ordn. §. 7. Landrechtsatz 1359. u. Pr. Ord. §. 574.

Der Eideszuschiebung kann sich jedoch nur diejenige Partei bedienen, welcher die Beweislast obliegt, oder das Recht zum Gegenbeweis zusteht. Prozeßordnung §. 571. Wer aber einen unfürdenklichen Besitz, sei es agendo oder excipiendo, als Rechtstitel für sich anführt, der muß denselben beweisen. Prozeßordnung §. 400. Demnach würde in der Regel die andere Partei, gegen welche ein unfürdenklicher Besitz behauptet wird, über die eigenen Handlungen ihres Gegners und seiner Rechtsvorfahren, mithin über fremde facta, welche sie theils nicht wissen kann, theils nicht zu wissen braucht, schwören müssen, wozu sie offenbar nicht verbunden ist, auch wenn sie das oben erwähnte Alter eines Zeugen haben sollte. Vernünftigerweise müßte man aber dieses Alter fordern, weil der Delat so eigentlich als Zeuge in eigener Sache erscheint, der hinsichtlich des einen Menschenalters das Nichtwahrsein und in Ansehung des anderen das Nichtwissen zu beschwören hätte, da von einem Nichtglauben keine Rede sein könnte.

Es dürfte hiernach die Ansicht, welche zum vollständigen Beweis der unfürdenklichen Verjährung die Eideszelation heute noch in unseren Gerichten zulassen will, nicht die richtige sein.

Es läßt sich vielmehr mit Savigny nun behaupten, daß der Eid zur Ergänzung des Beweises einer unfürdenklichen Verjährung, mithin blos als secundäres Beweismittel da gebraucht werden kann, wo einzelne Handlungen beiden Theilen, beziehungsweis ihren Rechtsvorfahren, gemeinschaftlich sind. Bayer.

III.

Zur Erläuterung des Gesetzes vom 25. November 1831.

Schon in einem Erlaß vom 2. Februar 1836, Nr. 501 hat das Großherzogliche Justizministerium ausgesprochen: daß der Dunkelarrest und die Hungerkost nur eine die abgeschaffte körperliche Züchtigung vertretende Strafschärfung sei, daher auch nur in den Fällen angewendet werden dürfe, wo früher die körperliche Züchtigung gesetzlich zulässig gewesen.

Auf den Grund dieser Auslegung wurde einem Bezirksamte durch hofgerichtliche Verfügung vom 24. September l. J. eröffnet:

„Nach §. 73 und 76 des Strafedikts wird der erste und zweite geringe Diebstahl lediglich mit Gefängniß- oder öffentlicher Arbeitsstrafe gebüßt. Nun hat aber das Amt wegen zweiten kleinen Diebstahls eine 12tägige bürgerliche Gefängnißstrafe, worunter 2 Tage Dunkelarrest und 2 Tage Hungerkost, gegen den Thäter erkannt, ohne zu bestimmen, wie die Verschärfungen in Gemäßheit des Art. 4 des Gesetzes vom 25. November 1831 (Regierungsblatt Nr. 30) erstanden werden sollen. Es finden jedoch in einem solchen Falle überhaupt keine Verschärfungen statt. Indem das allegirte Gesetz die körperliche Züchtigung abschaffte, wollte es jedenfalls keine strengere Bestrafung derjenigen Vergehen einführen, welche vordem nicht mit körperlicher Züchtigung geahndet werden durften. Dies ergiebt sich schon aus der Bestimmung, daß da, wo die körperliche Züchtigung einen Zusatz peinlicher Strafe bildet, an deren Stelle keine andere Gattung oder Schärfung der Strafe stattfinden soll, während die körperliche Züchtigung überall, wo sie als für sich bestehende Strafe oder als Zusatz einer bürgerlichen oder polizeilichen Strafe zu erkennen wäre, in Gefängnißstrafe verwandelt werden muß, bei welcher die Verschärfungen durch Dunkelarrest oder Hungerkost nur in jenen Fällen eintreten können, in welchen körperliche Züchtigung gedroht war."

Das Amt sollte sich daher verantworten, wie es dazu gekommen, in dem obenerwähnten Falle, (welcher durch die Criminaltabelle zur Kenntniß des Gerichtshofs gelangt war) neben der gewöhnlichen Gefängnißstrafe zweierlei Verschärfungen zu diktiren und die Bestimmung, wie solche erstanden werden sollen, im Urtheil zu unterlassen? —

Da auch andere Aemter obigem Gesetz eine der vorstehenden Auslegung zuwiderlaufende Anwendung geben, so wird diese Mittheilung nicht ganz überflüssig sein.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 9. October 1841.

Oberhofgericht.

Ehestreitigkeiten und Verfahren dabei. Im Wege der Einrede behauptete Nichtigkeit einer Ehe. Auslegung der Verordnung vom 4. März 1812. Regbl. Nr. XI.

Jacob W. von Sulzfeld, welcher sich längere Zeit als Schneider in Rußland aufgehalten hatte, wurde auf sein Ansuchen im Jahr 1839 zum Antritt seines angeborenen Bürgerrechts in Sulzfeld zugelassen; auch wurde seinen drei, im Auslande gebornen Kindern das Bürgerrecht in der gedachten Gemeinde bewilligt.

Am 4. Mai 1840 erhob Henriette, geborne K., gegen Jacob W. eine Klage bei dem Amt Eppingen, als Ehepolizeibehörde, worin sie vortrug: Sie habe im Monat Mai 1831 mit dem Beklagten in Rußland sich verehlicht und in dieser Ehe sieben Kinder geboren (wovon noch zwei am Leben sein sollen). Mit ihrem Manne aus Rußland zurück gekehrt, hätten sie sich einige Zeit zuerst in Karlsruhe, dann in Göppingen aufgehalten. Dort habe ihr Mann sie plötzlich verlassen, und ihr seit dem September 1839 keine Unterstützung mehr gereicht. Sie bitte, dem Manne aufzugeben, bei Vermeidung einer bedeutenden Geldstrafe, sie binnen 24 Stunden in seine neu gewählte Wohnung aufzunehmen, und ihr bis zur wirklich erfolgenden Aufnahme eine vom Septbr. 1839 anfangende Unterhaltsrente zu bezahlen.

Später übergab sie die beglaubigte Abschrift einer Urkunde, worin der evangelisch-lutherische Prediger Moriz an der St. Annen-Kirche in St. Petersburg sub fide pastorali bezeugt, daß Schneidermeister Jacob W. mit Henriette K. am 3. Mai 1831 daselbst ehelich eingesegnet worden sei.

Der Beklagte widersprach, daß er sich mit der Klägerin förmlich verehlicht und sie ihm 7 Kinder geboren habe. Er erklärt ferner, er habe sie nicht plötzlich verlassen, sei vielmehr von der Behörde in Göppingen auf Betreiben der Klägerin (was diese jedoch läugnete) ausgewiesen worden. Die Klägerin sei eine Tochter seiner Schwester. Er habe jene nur zu ehelichen beabsichtigt. Uebrigens würde wegen jenes Verwandtschaftsverhältnisses die Ehe zwischen ihm und der Klägerin nach LRS. 163 verboten sein, er hätte dieselbe ohne landesherrliche Dispensation nicht heirathen dürfen, und eine solche sei weder von ihm noch der Klägerin nachgesucht worden. Außerdem würde die Ehe auch nach der Verordnung vom 4. März 1812 (Regbl. Nr. XI.) nichtig sein, weil sie ohne Staatserlaubniß im Auslande abgeschlossen wurde. Er dürfe deßhalb die Klägerin nicht in seine Wohnung aufnehmen, jene müsse vielmehr in ihre Heimat nach Würtemberg verwiesen werden.

Die Aechtheit der Trauungsurkunde beanstandete er und brachte in Bezug auf sie verschiedene Einwendungen vor, von denen unten die Rede sein wird.

Gegen das Gesuch um eine Unterhaltsrente wendete er ein, daß dasselbe civilrechtlicher Natur sei, und darum nicht zur Verbindung mit dem andern Begehren der Klägerin sich eigne. Zudem habe sie einen Theil seines Vermögens im Besitze, und bei einer Reise, welche er, um der Gesundheit der Klägerin willen, mit dieser aus Rußland nach Baden unternommen, habe er vieles eingebüßt, weßhalb er nun nicht mehr im Stande sei, eine Frau zu ernähren.

Wegen des Aufenthalts der Klägerin im Großherzogthum wandten beide Theile sich an die ordentlichen Polizeibehörden, deren Entscheidungen ebenfalls weiter unten werden mitgetheilt werden.

Nach weitläufigen schriftlichen Verhandlungen erkannte das Amt am 5. Oktober 1840.

„daß die Klägerin mit ihrem Gesuche um Aufnahme in die Wohnung des Beklagten noch zur Zeit und bis über die Gültigkeit der Ehe rechtlicher Bescheid erfolgt, abzuweisen sei."

Die Gründe bestanden darin: daß die Ehe ohne Staatserlaubniß im Auslande abgeschlossen, und über die Gültigkeit noch kein Bescheid ertheilt, daß auch die Klägerin

Digitized by Google

eine Ausländerin sei, und bis jetzt das Indigenat nicht erhalten habe.

Klägerin recurrirte an das Großherzogl. Hofgericht in Rastatt, beschwerte sich sowohl über ihre Abweisung mit dem Aufnahmsgesuche, als darüber, daß das Amt über das weitere Begehren einer Unterhaltsrente nicht erkannt, und daß, ohngeachtet über die Einrede der Ungültigkeit der Ehe Verhandlungen gepflogen wurden, die Akten nicht zur Entscheidung über diesen Punkt dem Hofgerichte vorgelegt worden seien. Die Bitte ging dahin:

1) den Beklagten für schuldig zu erklären, die Klägerin bei Vermeidung einer ihr zufallenden Geldbuße binnen 8 Tagen in seine Wohnung aufzunehmen.
2) die Einrede der Ungültigkeit der Ehe ad separatum zu verweisen, eventuell sie zu verwerfen und die Ehe für gültig zu erklären, und
3) das Amt anzuweisen, über das Unterhaltsbegehren zu erkennen.

Das Großherzogl. Hofgericht verwarf unterm 3. Februar d. J. die Recursbeschwerden als unbegründet. Seine Entscheidungsgründe enthalten eine nähere Ausführung des vom Amte geltend gemachten Motivs, und bemerken rücksichtlich des unter Nr. 2 erwähnten eventuellen Begehrens, daß die Ehe in Hinblick auf die schon allegirte Verordnung von 1812 insolange als nichtig behandelt werden müsse, als sie nicht von den competenten Badischen Administrativ-Behörden nachträglich genehmigt worden sei.

Gegen dieses Erkenntniß wurde der Recurs an das Großherzogl. Oberhofgericht ergriffen.

In dem daselbst erstatteten Vortrage wurde über das in einem Falle, wie der vorliegende, zu beobachtende Verfahren und über die Zulässigkeit von Recursen Folgendes bemerkt.

Nach den §. 3 und 59 der Eheordnung, verbunden mit der Rechtsbelehrung vom 19. Septbr. 1807 (Regierungsbl. XXXIII.), welche ältere Vorschriften durch LRS. 311 a. und Art. XVIII. des I. Einf.Edikts neuerdings Sanktion erhielten, unterliegen Streitigkeiten, welche nach geschlossener, nicht durch Scheidung bereits wieder aufgelöster Ehe zwischen den Ehegatten über deren gegenseitige persönliche Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, der gerichtlich polizeilichen Erledigung; somit auch die Erörterung und Entscheidung der daraus entsprungenen Streitigkeiten, daß der eine Theil die im LRS. 214 und §. 25 der Ehe-Ordnung erwähnten Verbindlichkeiten zu erfüllen sich weigert. Wird eine Beschwerde wegen einer solchen Weigerung bei dem Amte, als Unterpolizeibehörde in Ehesachen, angebracht, so hat dasselbe, sofern weitere Verhandlungen als nothwendig erscheinen, diese nach Maaßgabe des §. 64 der Ehe-Ordnung und §. 11 des II. Einführungs-Edikts durch mündliches Verhör der Parteien und weitern Leitung nach Art des Beschuldigung-Processes (in Strafsachen), bis zur Erlangung aller Aufklärung, deren man bedarf, zu pflegen. Daraus folgt, daß Beweise, welche angetreten wurden, ex officio zu verfolgen sind; falls Einreden dem angebrachten Gesuche entgegen gesetzt würden, die Untersuchung auf sie auszudehnen, und, sofern ihre Entscheidung für das in Frage stehende Gesuch präjudiciell sein sollte, jene, soweit das Amt selbst competent wäre, sofort zu bewirken, andernfalls die Entscheidung der competenten Behörde zu veranlassen ist:

— Ob alsdann gegen die unterpolizeiliche Entscheidung über das Hauptgesuch ein Recurs zulässig sei, darüber sprechen sich die Gesetze nicht speciell aus. Die Eheordnung handelt in ihrem §. 70 nur von den Recursen bei wirklichen Trennungsgesuchen und das Organisationsedikt von 1809, welches in Beilage C. 17 und E. 6 und 14 Competenzbestimmungen in Ehesachen enthält, berührt obige Frage ebenfalls nicht. Da jedoch nach der allgemeinen Landesgesetzgebung sowohl in wichtigern Rechts- als Polizei-Sachen die Zulassung eines Rechtsmittels, beziehungsweise eines Recurses gegen Entscheidungen, welche für einen Theilnehmer am Streite beschwerend sein können, nicht verweigert wird, so darf man annehmen, daß ein Recurs auch in dem fraglichen Falle Platz greife.

Für die weitere Frage, ob auch eine dritte Instanz gegeben sei, kann aus dem Umstande, daß in Ehescheidungssachen selbst kein Recurs in eine dritte Instanz statt findet, kein Argument abgeleitet werden. Denn bei Ehescheidungsgesuchen wird in erster Instanz schon von dem Hofgerichte und in zweiter Instanz von dem obersten Gerichtshofe erkannt. Es tritt also hierbei eine Prüfung der Sache durch zwei Collegien ein. Nach einer solchen kann aber die betreffende Angelegenheit als hinreichend erörtert und gewürdigt angesehen werden; wie dieses auch in Civilsachen da der Fall ist, wo der Beklagte vor seinem Forum priviligiatum belangt worden war. Dagegen dürfte die Analogie aus den allgemeinen Vorschriften über die Recurse in Polizei-Sachen überhaupt maaßgebend sein, wornach bei Solchem in der Regel, und namentlich, wenn von einem Amte erkannt worden wae, drei Instanzen zugelassen werden.

Edikt vom 14. März 1833 (Regbl. XIII.)

Diese Analogie rechtfertigt sich um so mehr, als der Staat ein hohes Interesse dabei hat, daß den, zu Handhabung der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung diktirten Vorschriften der Ehe-Polizei Genüge geleistet werde, jene also mit unter die wichtigeren Polizei-Gegenstände gehört. —

Diese Ansicht wurde von dem urtheilenden Gerichtshofe

Digitized by Google

adoptirt, und der Recurs zugelassen, sofort in der Hauptsache abändernd erkannt:

„daß dem Beklagten, unter Verfällung in sämmtliche Kosten, aufzugeben sei, seine Frau, auf Anmelden, unverzüglich bei sich aufzunehmen."

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin brachte gleichzeitig zwei Gesuche bei dem Amte Eppingen an.

I. Ihrem Manne, welcher im September 1839 sie in Göppingen verlassen habe, und sich weigere, sie in seine neugewählte Wohnung aufzunehmen, diese Aufnahme anzubefehlen; und

II. Ihn für schuldig zu erklären, ihr eine, vom Septemb. 1839 beginnende Unterhaltsrente insolange auszubezahlen, bis die Aufnahme erfolgt sein werde.

Zu I.

Das erste Gesuch ist in soweit begründet, als LRS. 214, in Uebereinstimmung mit §. 25 der Eheordnung, den Mann für verbindlich erkläet, seine Frau bei sich aufzunehmen.

Der Beklagte hat jedoch im vorliegenden Falle

1) geläugnet, daß er mit der Klägerin verehelicht sei, und
2) eventuell die Gültigkeit der Ehe aus zwei Gründen bestritten.

Zu 1. Da ein förmlicher Rechtsstreit über den status gegenwärtig nicht verhandelt ist, vielmehr nur die Ergreifung einer polizeilichen Maaßregel in Frage steht, so bedarf es auch einer, den Vorschriften des Civilprocesses entsprechenden Beweisführung über den Abschluß der Ehe nicht. Es würden schon richterliche Vermuthungen, welche eine Wahrscheinlichkeit begründen, genügen. Die Klägerin legte das Zeugniß eines Predigers in St. Petersburg vor, welcher den Vollzug der Trauung beider Theile beurkundete. Beklagter läugnet jedoch die Aechtheit der Urkunde, und brachte noch mancherlei Einwendungen gegen dieselbe vor. So setzte er ihr den Mangel der Beobachtung des §. 440 der Proceß-Ordnung entgegen, bestritt, daß Urkunden, wie die Fragliche, in Rußland den Werth von Oeffentlichen hätten; endlich behauptete er, es gehe aus der Urkunde nicht hervor, daß gerade Klägerin und Beklagte die Personen waren, welche damals getraut wurden.

Allein die gedachte Vorschrift der Proceß-Ordnung hat auf polizeiliche Erörterungen überall keinen Bezug. Was die in der Urkunde erwähnten Personen betrifft, so bezeichnet sie genau die jetzt streitenden Theile, die Klägerin hat die Urkunde im Besitz, und Beklagter gesteht selbst zu, daß die Klägerin bei ihm in Rußland gewesen sei, daß er um ihrer Gesundheit willen mit ihr das nördliche Land verlassen, und mit ihr erst in Baden, dann in Göppingen sich aufgehalten habe; es scheint ihm überdies mit seinem Läugnen, Kinder mit der Klägerin erzeugt zu haben, nicht wohl Ernst zu sein, da diese Kinder zum Theile noch am Leben sich befinden, und er für Letztere das Heimatrecht in Sulzfeld erworben hat. Alle diese Thatsachen geben die genügende Wahrscheinlichkeit, daß die in der Urkunde erwähnten Personen wirklich die Klägerin und der Beklagte waren. — Es käme daher nur darauf an, ob die Urkunde wirklich ächt und in der in Rußland für derartige Beurkundungen üblichen Form ausgestellt ist (LRS. 47). Sollten hierüber Zweifel sich ergeben, so müßte, bezüglich auf die Hülfsweise auch im gegenwärtigen Falle maaßgebenden Bestimmungen der §§. 64 und 70 der Ehe-Ordnung und §. 11 des II. Einführung-Edikts, durch weiteres Einschreiten von Amtswegen Aufklärung zu erlangen, gesucht werden *). Allein es ist solches nicht mehr erforderlich, vielmehr eine genügende Bescheinigung, so weit man sie für gegenwärtige Polizeisache bedarf, als vorhanden anzunehmen. Die gewöhnliche Polizeibehörde (im Gegensatz der für Ehestreitigkeiten angeordneten gerichtlich-polizeilichen Behörde) ist nämlich bei Schließung von Ehen diejenige, welche die Verhältnisse der Eheluſtigen zu prüfen und auszusprechen hat, ob ihnen die Eingehung der Ehe zu gestatten sei. (Ehe-Ordnung §. 60 Verordnung vom 10. September 1807.) Sie hat über Einsprache zu erkennen, welche nach der Proklamation erhoben werden (II. Einführung-Edikts §. 8). Ihr endlich kommt es zu, die Berichtigung des bürgerlichen Standes zu bewirken, so weit nicht wahre Rechtsstreite über den status bestehen. Daraus folgt, daß auch sie in den Fällen, in welcher es sich (außerhalb eines Rechtstreites) um die Wahrheit oder Unwahrheit, Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Beurkundung des bürgerlichen Standes handelt, sich hierüber auszusprechen befugt ist. Nun hat aber die Großherzogl. Regierung des Mittelrheinkreises (also die ordentliche Polizeibehörde zweiter Instanz für Schließung von Ehen und Berichtigung der bürgerlichen Standesbücher) wiederholt am 29. Juli und 15. Sept. 1840 anerkannt, daß die betreffende Ehe in gültiger Form geschlossen und durch den vorgelegten Trauungsschein nachgewiesen

*) Es würde dieselbe z. B. dadurch leicht zu gewinnen sein, daß die Kais. Russische Gesandschaft am Großherzogl. Hofe auf diplomatischem Wege zur Erklärung darüber veranlaßt werden könnte, ob ein protestantischer Pfarrer Zeugnisse über die von ihm vollzogenen Trauungen auszustellen befugt, und die fragliche Urkunde ächt sei.

Digitized by Google

sei *), was ohne vorgängige causae cognitio nicht wohl geschehen sein konnte. Es genügt deßhalb in gegenwärtigem Falle hieran.

Zu 2. Gegen die Gültigkeit der Ehe wurde eventuell eingewendet:

A. daß sie vom Beklagten, als Badischen Unterthanen, ohne Staatserlaubniß im Auslande geschlossen, also nach der Verordnung vom 4. März 1812 (Reg.-Blatt Nr. XI.) und

B. daß sie zwischen Oheim und Nichte ohne vorgängige Dispensation eingegangen, somit bezüglich auf LRS. 163 und 184 nichtig sein würde.

Zu A. Diese Einrede wurde vom Großherzogl. Hofgerichte auf Anstehen der streitenden Theile geprüft und sie schien demselben genügend, um anzunehmen, daß die Ehe noch zur Zeit als nicht gültig abgeschlossen, anzusehen und darum das klägerische Begehren um Aufnahme in die Wohnung des Mannes zu verwerfen sei. — Dagegen ist jedoch zu bemerken:

Schon bei einer früher dem obersten Gerichtshofe vorgelegenen Nichtigkeitsklage hat derselbe den Grundsatz ausgesprochen, daß einem Inländer, welcher ohne Staatserlaubniß sich auswärts verehelicht hatte, die Befugniß nicht zustehe, auf diesen Grund hin seine Ehe mit einer Nichtigkeitsklage anzufechten. Der Kürze wegen bezieht man sich auf die Motive der damaligen Entscheidung

vergl. Jahrbücher des Oberhofgerichts 1836—37, S. 356,

kann ein solches Verhältniß aber nicht mittelst einer Klage geltend gemacht werden, so kann dieses natürlicherweise auch nicht im Wege einer Einrede geschehen. Hierbei ist noch Folgendes in Erwägung zu ziehen:

a) die jetzt klagende Frau war keine Badische Unterthanin. An sie konnte also die Kenntniß der Badischen Gesetze nicht gefordert werden. Ihr kann es daher auch nicht zum Nachtheile gereichen, wenn sie nicht wußte, daß Badische Unterthanen ohne Einholung der Staatserlaubniß sich nicht verehelichen sollen. Daraus folgt, daß für sie arg. des LRS. 201 die Ehe, als matrimonium putativum, alle Wirkungen einer gültigen hätte.

b) Sodann ist es in die Augen fallend, daß es den grellsten Verstoß gegen alle Begriffe von Moralität enthalten würde, wenn man einem Mann, der erst die Gesetze seines Heimatlandes verletzt, und mit einer, mit diesen Gesetzen unbekannten Ausländerin im Auslande eine Ehe eingegangen hatte, von der jene annehmen mußte, daß sie gültig sei, — nun gestatten wollte, aus seinem Ungehorsam gegen die Gesetze seiner Heimat (deren Bekanntschaft bei ihm vorausgesetzt wird) und aus der dadurch herbeigeführten Täuschung des Weibes (also jedenfalls aus einem, nur dem Manne zur Last fallenden Vergehen), einen Grund abzuleiten, sich den, bei Gültigkeit der Ehe bestehenden Pflichten zu entziehen, die Frau, gleich einer Maitresse, zu verabschieden, überhaupt aus dem Vergehen einen Vortheil für sich in Anspruch zu nehmen.

c) Der Zweck der Verordnung von 1812 ist kein Anderer, als zu verhüten, daß nicht Ausländer, welchen der Staat, sei es aus Rücksicht auf ihre Sitten oder auf ihren Mangel an Ernährungsmittel, keine Aufnahme gestatten will, mittelst einer auswärts mit einem Staatsangehörigen eingegangenen Ehe in das Land eingeführt werden, und dort entweder Aergerniß bereiten oder Gemeinden und öffentlichen Fonds zur Last fallen.

Die gedachte Verordnung erweitert eine Vorschrift des §. 11 der Eheordnung, wornach eine Ehe auf Verlangen dessen, dessen Bewilligung zu Eingehung derselben erforderlich und umgangen war, für nichtig erklärt werden konnte, nur dahin, daß eine Ehe, ohne Staatserlaubniß geschlossen, von den Behörden als nichtig behandelt, und für den angeheiratheten Fremden keine Berechtigung zur Aufnahme in den Staat zugelassen werden soll. Das Letztere ist, bezüglich auf das Vorerwähnte, offenbar die Hauptbestimmung; es soll nämlich der Ausländer aus der Eingehung der Ehe kein Recht ableiten können in den Badischen Unterthanen-Verband einzutreten. Die Frage nun, welchem Fremden die Aufnahme zu gestatten sei, mögen sie ein Recht zu derselben ansprechen oder nicht, ist rein polizeilicher Natur und hat keinen Bezug auf die Ehe-Polizei. Daraus ergibt sich denn namentlich, daß die Absicht des Gesetzgebers bei Erlassung obiger Verordnung noch weiter dahin ging, daß denjenigen Behörden, welche über die Aufnahme der Ausländer im Großherzogthum und über Heirathserlaubnißgesuche zu verfügen haben, die Entscheidung darüber zustehen soll, ob ein auswärts geheiratheter Fremder bei seinem inländischen Gatten und überhaupt im Großherzogthum geduldet werden soll. Will jene Behörde den Ausländer nicht

*) Beide Erlasse betreffen den Aufenthalt der Klägerin im Großherzogthum. Zur Motivirung der Aufenthaltsgestattung ist im Erstern namentlich gesagt, daß die Ehe in gültiger Form in St. Petersburg geschlossen worden sei, im Andern: „daß die Frau nach dem von ihr vorgelegten Trauschein in gültiger Form in St. Petersburg getraut worden, und da die Ehe noch zur Zeit ehegerichtlich nicht für ungültig erklärt worden, noch als die Ehefrau des diesseitigen Staatsangehörigen und Bürgers in Sulzfeld J. W. anzusehen sei."

Digitized by Google

dulden, so weist sie denselben aus, und behandelt so im Sinne der Verordnung die Ehe als nichtig. Trifft sie aber diese Maaßregel nicht, und gestattet dem Ausländer, sich im Großherzogthum aufzuhalten, so ist für die Ehe-Polizei-Behörde kein Grund vorhanden, die Ehe als nichtig zu behandeln, da die Handhabung der allgemeinen Staatspolizei-Maxime sie nicht berühret *).

Im vorliegenden Falle hat aber die gewöhnliche Polizei-Behörde, auf erlangte Kenntniß des Verhältnisses zwischen Klägerin und Beklagten, nicht die Klägerin ausgewiesen und ihr den Aufenthalt im Großherzogthum untersagt, vielmehr sprach die Großherzogl. Kreisregierung in ihrer Verfügung an die Unterbehörde am 27. Juli 1840 aus:

„Es sei Grund vorhanden, dieser Ehe die nachträgliche Staatsgenehmigung nicht zu versagen, und es werde die bürgerliche Aufnahme der Frau in Sulzfeld um so weniger einem Anstande unterliegen, als der Mann die mit ihr erzeugten Kinder bereits dort habe aufnehmen lassen;"

ferner im Erlasse vom 15. Septbr. v. J.

„Es liege im Staatsinteresse kein Grund vor, die Ehe zur Zeit von Staats-Polizei wegen als nichtig anzufechten."

Es hat auch das Großherzogl. Ministerium des Innern, wie Beklagter in einer Beilage zu seiner Recursvernehmlassung selbst anführet, die betreffende Regierungsverfügung und deren Motive bestätigt.

Hiernach ist die Verordnung von 1812 bei gegenwärtiger Entscheidung überall nicht in Betracht zu ziehen.

Zu B. Was die auf das Verwandtschaftsverhältniß gegründete Einrede betrifft, so ist ein zwischen Oheim und Nichte eingegangene Ehe nicht ipso jure nichtig. Die Sittlichkeit und öffentliche Ordnung erheischen durchaus nicht, daß ein derartiges Band gelöst werde, es wird vielmehr zu Bündnissen in diesen Verwandtschaftsverhältnissen in der Regel die nachgesuchte Staatserlaubniß ertheilt, und es bestimmt die Eheordnung in §. 61 namentlich:

daß von den Pfarrern, wenn ein Zernichtungsgesuch wegen eines öffentlichen Hindernisses, welches von der Art ist, daß es durch Staatsvergunst gehoben werden könne, angebracht wird, — der Versuch von Amtswegen zu der Beseitigung durch unmittelbare Anzeige bei jener Staatsbehörde, welche die Dispensation zu ertheilen hat, in möglichster Stille zu machen sei.

In einem Falle der Art nun, in welchem die Vereinigung der Gatten nicht zum öffentlichen Aergernisse gereichen würde, kann auch die, aus Anlaß des vorliegenden Gesuchs der Frau, erhobene Einrede nicht berücksichtigt werden. Es muß vielmehr dem Manne, wenn er die Trennung wirklich herbeiführen will, überlassen bleiben, den gesetzlichen Weg hiefür, wie ihn §. 61 der Eheordnung vorzeichnet, einzuschlagen.

So lange aber dieses nicht geschehen und eine Nichtigkeitserklärung nicht erwirkt ist, erscheint die Ehe als bestehend, und es hindert jenes Verwandtschaftsverhältniß nicht, den Mann im ehepolizeilichen Wege zu Erfüllung seiner Ehepflichten anzuhalten.

Die Klägerin hat zwar um Androhung eines Präjudizes für diese Aufnahme (einer ihr zufallenden Geldbuße) gebeten. Dieses Präjudiz ist jedoch unzuläßig, da solche Bedrohungen im wesentlichen nur dem Civilproceß-Verfahren angehören, und in Fällen, wie der Vorliegende, die Ehepolizeibehörde auf jede bloße Anzeige des Ungehorsams verpflichtet ist, mit den Beugungsgraden, ohne vorherige besondere Androhung derselben, vorzufahren.

Vergl. die Ehe-Ordnung §. 27.
Hofraths Instruktion §. 43.

Eine bestimmte Zeit zum Vollzuge der Aufnahme läßt sich ebenfalls nicht festsetzen, da sich die Frau beim Manne zum Zwecke der Aufnahme einzufinden, und er in der Regel sie nicht in ihrer eigenen Wohnung abzuholen hat; ihre eigene Mitwirkung daher nothwendig eintreten muß, wenn dem Erkenntnisse Genüge geleistet werden soll.

Zu II.

Das zweite Gesuch der Klägerin um Zuerkennung einer, vom September 1839 beginnender Unterhaltsrente, findet durch gegenwärtige Entscheidung pro futuro seine Erledigung. Für die Vergangenheit aber kann eine solche Rente der Frau nicht bestimmt werden. Die Frau hat ihren Unterhalt, außer den Fällen einer gestatteten temporären Trennung (z. B. während der Scheidungsverhandlungen) nur im Hause ihres Mannes zu suchen. War sie von ihm verlassen und dadurch genöthigt worden, ihr Unterkommen

*) Ein Conflict der Gewalten ist hierbei wohl nicht denkbar. Die Ehepolizeibehörde wird immer nur angegangen, wenn ein Gatte sich weigert, seine Pflicht zu erfüllen. Kömmt nun das Begehren um Aufnahme zur Verhandlung, so wird gewiß der Beklagte, im Falle dem Kläger von der Polizeibehörde der Aufenthalt im Lande nicht gestattet ist, sich darauf beziehen, und die Ehepolizeibehörde, nach dem ihr vorgeschriebenen Untersuchungsverfahren, sich verläßigen, ob die Ausweisung stattgefunden hat, oder bevorsteht. In diesem Falle kann sie natürlich, da ihr hinsichtlich der Aufenthaltsgestattung im Lande keine Cognition zusteht, auch die Aufnahme des Klägers in eine, im Lande gelegene Wohnung des Beklagten nicht ververfügen. — Uebrigens bleibt es auch in diesem Falle denkbar, daß bei einem matrimonium potativum der Inländer zu andern Leistungen an den ausgewiesenen ausländischen Gatten (wenigstens im ordentlichen Rechtwege) verurtheilt werden kann.

Digitized by Google

anderwärts zu suchen, so befand sie sich entweder im Besitze von Mitteln zu ihrer Ernährung, oder nicht. Letztern Falls mögen diejenigen, welche die Frau unterstützten oder ihr Credit gaben, versuchen, ob sie im Civilrechtswege mit einer actio ex negotiorum gestione von dem Manne Ersatz zu erhalten vermögen. Andern Falls läßt sich in dem hier betretenen Ehe-Polizei-Wege kein Ersatz der Auslagen, welche die Frau etwa aus eigenem Vermögen bestritten hätte, ihr zu erkennen. Es wäre eine rein civilrechtliche Frage: Ob der Mann in dem erwähnten Falle aus seinem oder dem Gemeinschaftsvermögen dem Vermögen der Frau irgend einen Ersatz zu leisten schuldig sei. — Aus diesen Gründen wurde, mit Umgebung einer Entscheidung über die Unterhaltsfrage, wie geschehen, erkannt. Kirn.

Anmerkung der Redaktion.

Ueber die hier zur Anwendung kommenden Grundsätze will ich meine Ansicht mit Folgendem darlegen.

I. Was zuerst die Kompetenz in Ehesachen betrifft, so gehört vorhinweg

1) Alles, was sich auf die Schließung der Ehe bezieht, die Ausstellung von Trauscheinen, Ertheilung von Dispenzen, Erledigung von Ehereinsprachen ꝛc., lediglich zum Geschäftskreise der polizeilichen Verwaltungsstellen. Eheordnung §. 59 und 60, und 2tes Einführungsedikt zum Landrecht 10. Hier richtet sich der Instanzzug nach der Rekursordnung vom 14. März 1833.

2) Ist die Ehe einmal geschlossen, so gehört der Streit über eine behauptete Nichtigkeit oder über die Auflösung derselben vor die ordentlichen Gerichte. Die Bezirksämter sind die untersuchenden, und die Hofgerichte (in der Rekursinstanz das Oberhofgericht) die urtheilenden Behörden. Eheordnung §. 64. Organisationsedikt von 1809. §. 17 b und E. §. 6 und 14. 2tes Einführungsedikt §. 11. Hier finden also, wie überall wo die Hofgerichte in 1. Instanz erkennen, nur zwei Instanzen statt.

3) Handelt es sich weder um eine Schließung der Ehe, noch um die Gültigkeit oder um die Auflösung einer anerkanntermaßen geschlossenen Ehe, sondern um die Frage, ob überhaupt eine Ehe eingegangen worden sey, oder um die rechtlichen Wirkungen derselben, also um eine Standesklage, wodurch ein Theil gegen den andern den ehelichen Stand in Anspruch nimmt, oder mit demselben über den Umfang der Standesrechte streitet, so findet, wie über alle Standesklagen das gewöhnliche bürgerliche Verfahren statt. Das Bezirksamt ist, wo kein privilegirter Gerichtsstand eintritt, die erste Instanz, von der aus nach §. 1175. Nr. 7 der Prozeßordnung die Appellation ohne das Erforderniß einer Appellationssumme an das Hofgericht und die Oberappellation an das Oberhofgericht geht.

4) Die bei einem Prozesse über Ehenichtigkeit oder Scheidung vorkommenden Nebenfragen, z. B. über Kindererziehung ꝛc., gehören nach §. 69 der Eheordnung, sowie nach dem §. 31 der Prozeßordnung als Nebensachen im Allgemeinen zum Erkenntniß des Gerichts, welches über die Ehenichtigkeit oder Trennung als über die Hauptsache zu entscheiden hat.

5) Jedoch über die Vermögensfolgen hat, wie über andere bürgerliche Prozesse in 1. Instanz das Bezirksamt zu erkennen (Eheordnung §. 69 und Organisationsedikt von 1809. C. §. 17 c) und die Instanzenzahl hängt von dem Dasein der Appellations- oder Operappellationssumme ab

6) Handelt es sich bei einer bestehenden Ehe weder um deren Bestand oder Gültigkeit, noch um deren Auflösung, noch auch um einen Streit über das Dasein und den Umfang aus der Ehe entspringender Pflichten, sondern lediglich um eine wegen Uebertretung unbestrittener ehelicher Pflichten anzuwendende Rüge oder Sicherungsmaßregel, so sind darüber gar nicht die Gerichte, sondern die gewöhnlichen Polizeistellen competent. Eheordnung §. 27. Es sind dies die „polizeilichen Maßnahmen", welche im Organisationsedikt von 1809. C. §. 17 a den Bezirksämtern zugewiesen sind, ohne daß in litt. E die Erledigung der Rekurse dagegen unter den Attributen der Gerichtshöfe aufgeführt wäre. Zwar sind die ehelichen Pflichten durch das Landrecht geregelt, ein Streit über ihren Umfang, wie über ihr Dasein ist also ein bürgerlicher Rechtsstreit (s. oben Nr. 3). Allein dies hindert nicht, daß da, wo es sich nicht um eine Entscheidung über diese Pflichten, sondern nur um eine Rüge ihrer Uebertretungen handelt, oder um präventive Maßregeln, welche den Frieden und die Erfüllung der Ehepflichten sichern sollen, die Polizeibehörden einzuschreiten, beziehungsweise zu bestrafen und Fürkehr zu treffen haben, so lange nicht die Rechte selbst bestritten werden, in welchem Falle der Streit an den Richter zu verweisen und diesem mit der Entscheidung der Hauptsache auch die Anordnung etwaiger provisorischer Maßregeln (einstweiliger Verfügungen) zu überlassen ist.

Hiernach und nach dem, was unter Nr. 3 gesagt ist, waren in dem oben erzählten Falle, wo die Ehefrau auf den Grund ihrer geschlossenen Ehe vom Manne die Aufnahme in seine Wohnung forderte und dieser die eingegangene Ehe als den Grund dieser Forderung in Widerspruch zog, ohne Zweifel die Gerichte kompetent, und zwar, da die unter Nr. 2 erwähnten besonderen Bestimmungen sich auf diesen Fall nicht erstrecken, in 1. Instanz das Bezirksamt, und in 3. Instanz das Oberhofgericht.

II. Ueber das Beisammenwohnen während des Streits über Bestand, Gültigkeit oder Auflösung einer Ehe.

Digitized by Google

Ist anerkanntermaßen eine Ehe geschlossen worden, und wird nur über ihre Gültigkeit oder Auflösung gestritten, so muß sie, da sie nicht kraft Gesetzes zu bestehen aufhört, nach allgemeinen Grundsätzen bis zu rechtskräftiger Entscheidung fortgesetzt werden. Gleichwohl gestattet das Gesetz (Landrechtsatz 268) im Interesse des Friedens, daß die Frau während des Prozesses die Wohnung des Mannes verlasse und von ihm eine Unterhaltsrente fordere. Der unmittelbar nur von Ehescheidungsprozesse handelnde Satz 268 muß wegen Gleichheit der Verhältnisse analog auch auf Ehenichtigkeitsprozessen zur Anwendung kommen, und es ist, wenn es sich um ein auf dem öffentlichen Interesse beruhendes unerläßliches Hinderniß handelt, einstweilen (bis zu erfolgender definitiver Entscheidung) die persönliche Trennung sogleich von Amtswegen zu verfügen.

Handelt es sich aber nicht um die Anfechtung oder Auflösung einer bestehenden Ehe, sondern ist widersprochen, daß eine Ehe überhaupt eingegangen wurde, so ist eine provisorische oder ehepolizeiliche Maßregel in entgegengesetzter Richtung, nämlich dahin, daß die Streitenden einstweilen bis zur Entscheidung über den Bestand der Ehe beisammen leben sollen, (daß also der die Ehe widersprechende Theil den dieselbe behauptenden Theil einstweilen zu sich aufzunehmen habe) nie zulässig.

Kein Gesetz gestattet eine solche einstweilige ehepolizeiliche Maßregel, und es wäre mit den guten Sitten auch nicht vereinbarlich, wenn man einen Mann, gegen den eine Frauensperson den ehelichen Stand in Anspruch nimmt, der aber widerspricht, mit ihr ehelich verbunden worden zu sein, auf eine vorläufig summarische Beweisführung hin anhalten wollte, die Person als seine Frau einstweilen aufzunehmen, bis gewissermaßen im petitorischen Wege über die Thatsache der Eheschließung endgültig entschieden sei. Es wäre, wenn im letztern Verfahren das Nichtdasein des ehelichen Bandes erkannt würde, der Skandal vorhanden, daß man provisorisch zwei Personen zu einem ehelichen Zusammenleben angewiesen hätte, von denen es sich nachher bei der endlichen Prüfung zeigen würde, daß sie gar nie ehelich verbunden wurden.

Hiernach hätte ich in dem oben erzählten Falle die Henriette K. mit ihrem Begehren, daß Jakob W. sie in seine Wohnung zu sich aufnehme, abgewiesen, und ihr überlassen, gegen den Letztern, der die von ihr behauptete Eheschließung widerspreche, mit einer Standesklage aufzutreten. Hätte man aber in ihrem, auf eine Eheschließung vom Mai 1831 gebauten, Begehren eine Geltendmachung ihrer ehelichen Rechte und darin schon eine wirkliche Standesklage gefunden, so hätte man, um den Beklagten verurtheilen zu können, einen vollständigen Beweis der eingegangenen Ehe fordern müssen.

III. Die in der Verordnung vom 4. März 1812 angedrohte Nichtigkeit einer ohne Staatserlaubniß im Auslande geschlossenen Ehe können die Ehegatten nicht selbst geltend machen, sondern nur der Staat.

Nach dem §. 11 der Eheordnung wird die Ehe, in Bezug auf deren Eingehung ein Theil einer fremden Gewalt unterworfen ist, nur auf Antrag dieser fremden Gewalt, d. h. desjenigen, dessen Einwilligung nöthig gewesen wäre, für ungültig erklärt.

Der Staat, der zur Verehelichung die Erlaubniß zu geben hat, galt aber, da die Unterthanen „sich von ihm lossagen können", nach dem §. 11 der Eheordnung nicht als eine solche fremde Gewalt, welche die Ungültigkeits-Erklärung fordern könnte; dagegen ging durch eine ohne Staatserlaubniß geschlossene Ehe das Staatsbürgerrecht verloren. Da aber solche Eheleute von auswärtigen Staaten dem Heimatlande zurückgewiesen wurden, so erklärte nachträglich die Verordnung vom 4. März 1812 die ohne Staatserlaubniß im Ausland abgeschlossene Ehe für nichtig, sie erklärte nämlich den Staat als eine (im §. 11 der Eheordnung bezeichnete) fremde Gewalt, welcher die Unterthanen in Bezug auf Eheschließung mit der Wirkung unterworfen sind, daß eine ohne seine Einwilligung im Auslande eingegangene Ehe ungültig sei, welche Ungültigkeit aber nach der im nämlichen §. 11 aufgestellten Regel eben nur vom Staat, dessen Einwilligung erforderlich gewesen wäre, geltend gemacht werden kann. Nur der Staat, d. h. diejenige Behörde, welche zur Eheschließung die Staatserlaubniß zu ertheilen gehabt hätte, kann also hier die Vernichtung der Ehe fordern, so wie auch die im Mangel der erforderlichen elterlichen Einwilligung liegende Ungültigkeit einer Ehe nach den §§. 11 und 12 der Eheordnung, und nach dem Landrechtsatz 182, nur von den Eltern selbst geltend gemacht werden kann.

Es ist also in Fällen, auf welche die Verordnung vom 4. März 1812 Anwendung findet, von dem Bezirksamte, welches die Ehenichtigkeitsuntersuchung zu führen hat, derjenigen Behörde, welche zur Eheschließung die Staatsgenehmigung zu ertheilen gehabt hätte, nach dem §. 61 der Eheordnung die Anzeige zu machen.

Ertheilt diese Behörde nachträglich die Genehmigung, so beruht das Verfahren auf sich, denn die Eheleute selbst können die Vernichtung nicht fordern. Versagt aber die Behörde die Genehmigung, so ist die Sache nach geschlossener Untersuchung in Gemäßheit des erwähnten §. 61 dem Hofgerichte vorzulegen, welches über die Nichtigkeit von Amtswegen zu erkennen hat *).

*) Eine Ausländerin erwirbt durch ihre Verehelichung mit einem Inländer kraft Gesetzes das Badische Staatsbürgerrecht (6. Konstitutionsedikt §. 8 a. und Landrechtsatz 12), wenn die Ehe gesetzlich gültig eingegangen ist. Die Polizeibehörden können also eine an einen Inländer getraute Ausländerin nicht fortweisen, so lange nicht die Ehe vom Hofgerichte als von der zum Erkenntnisse über die Gültigkeit der Ehe kompetenten Behörde für nichtig erklärt ist. (Diesen Grundsatz hat das Ministerium des Innern in den Jahren 1832 — 1837 in

Digitized by Google

IV. Das Verwandtschaftsverhältniß zwischen Oheim und Muhme kann, wenn gleich nicht nach dem §. 61 der Ehe-ordnung, denn doch jetzt nach dem Landrechtssatz 184 von den Eheleuten selbst als Nichtigkeitsgrund zur Vernichtung der Ehe geltend gemacht werden.

Eine solche Ehe wurde, wenn keine Dispenz ertheilt war, dem Satz 163 zuwider geschlossen, sie kann also nach Satz 184 nicht nur vom Kronanwalt (d. h. bei uns von Amtswegen), sondern auch von den Ehegatten selbst, und von jedem, der dabei betheiligt ist, angefochten werden.

Es versteht sich übrigens nach dem Obigen von selbst, daß die Ehe, wenn anerkanntermaßen die Trauung statthatte, so lange als bestehend angenommen wird, als sie nicht durch rechtskräftiges Erkenntniß für nichtig erklärt ist, und daß bis dahin, vorbehaltlich der oben unter II. erwähnten provisorischen Maßregeln die ehelichen Pflichten zu erfüllen sind. D. Red.

II.

Die Vergiftung des Schwiegervaters durch seinen Schwiegersohn.

Wenn man das in Nr. 30. S. 220 der Annalen d. J. mitgetheilte Erkenntniß, welches von keinem Badischen Obergerichte ausgegangen sein kann, nach den inländischen Gesetzen beurtheilt, so ergeben sich folgende Abweichungen.

1) Bei absolutorischen Urtheilen muß das in Frage gestandene Verbrechen bestimmt genannt und die Lossprechungsformel ausgedrückt sein. Strafedikt §. 18. Nach den aufgezählten Indicien hätte also Caspar J. der versuchten Tödtung seines Schwiegervaters für klagfrei erklärt werden müssen, und zwar um so mehr, als erst dann die Frage entstehen konnte, ob Detention gegen ihn zu erkennen sei? Strafedikt §. 10.

2) Der fragliche Versuch charakterisirt sich als eine vermeintlich vollführte That, welche mit der wirklich vollführten auf gleicher Stufe steht. Hatte aber Inculpat durch diese That im Ueberweisungsfalle die Strafe des Schwerts verwirkt, so mußte bei der Klagfreierklärung eine Detention von wenigstens 10 bis 15 Jahren gegen ihn verhängt werden *).

3) Die Verhaftung im Zuchthaus findet nur Statt, wenn der Beschuldigte eine unrüchtige Person ist, indem andernfalls das Arbeitshaus zur Verwahrung dienen soll. Es fehlt jedoch an allem Nachweis darüber, daß J. eine unrüchtige Person im Sinne des §. 2 der Eidesordnung sei.

4) Schwerlich besteht ein Gesetz, wornach Inländer, welche sich wider den elterlichen Willen und ohne obrigkeitliche Erlaubniß im Ausland trauen ließen, des Landes verwiesen werden können. Wäre aber eine solche Landesverweisung dennoch geschehen, so dürfte die Uebertretung derselben vom Richter nicht bestraft werden.

5) Der Bruch einer rechtmäßig erkannten Landesverweisung hat sechsmonatliche Zuchthausstrafe zur Folge. Strafedikt §. 33. Allein niemals kann dieses Vergehens wegen eine Detention verhängt werden.

6) Die Uebertretung der Landesverweisung zieht abermalige Landesverweisung nach sich.

7) Der Gebrauch des weißen Arseniks unter der Potasche ist an und für sich kein peinliches Verbrechen. Ist der Arsenik gegen ein bestehendes Verbot zum Sieden der Potasche gebraucht worden, so konnte nur von einer polizeilichen Strafe die Rede sein. Wäre hingegen dieses Mittel unerlaubterweise bei kranken Pferden zur Anwendung gekommen, so hätten im Falle eines dadurch verursachten Schadens nur civilrechtliche Ansprüche von dem beschädigten Eigenthümer erhoben werden können. Der Umstand endlich, daß die Potasche in Apotheken und Zuckerbäckereien gebraucht wird, liefert noch lange nicht den Beweis, daß durch Anwendung der mit Arsenik vermischten Potasche irgend ein Mensch an Gesundheit oder Leben beschädigt worden ist. Es mangelt daher in dieser Hinsicht an allem Thatbestand eines peinlichen Verbrechens oder gerichtlich strafbaren Vergehens. Unbegreiflich bleibt es mithin, wie ein Obergericht sich herbeilassen konnte, wegen Giftmanipulation ꝛc. den einen Inculpaten zur Verwahrung im Zuchthaus und den andern zu sechswöchentlicher Schellenwerksstrafe zu verurtheilen. Wohl mag der Besitz von Giften gegen eine Person, die des Verbrechens der Vergiftung oder der Beihülfe dazu angeschuldigt ist, als ein erhebliches Indicium gelten, allein unerhört ist es, daß man die verbrecherische That und nebenher auch eine desfalls vorliegende Inzicht oder gar eine bloße Inzicht ohne Verbrechen bestraft.

8) Die körperliche Züchtigung ist durch den Artikel 4 des Gesetzes vom 25. November 1831 (Regierungsblatt Nr. 30) abgeschafft und auch schon vordem bei der Detention niemals zulässig gewesen, weil jene immer nur als Strafe eingeführt war, während diese lediglich als eine polizeiliche Sicherheitsmaßregel erscheint. Statt etwas Ueberflüssiges wie den Beisatz: ohne körperliche Züchtigung, in das Urtheil aufzunehmen, wäre besser daran geschehen, demselben das nach §. 19 des Strafedikts nothwendige Erkenntniß über die Kosten beizufügen, wovon die merkwürdige Sentenz gänzlich schweigt.

Bayer.

---

mehreren Verfügungen anerkannt.) — Anders verhält es sich, wenn ein Ausländer, ohne das Indigenat zu erwerben, eine Inländerin heirathet. Ihm kann unabhängig von der Frage, ob die Ehe gültig sei oder nicht, der Aufenthalt im Großherzogthum verfagt werden, weil er durch seine Ehe in keinem Falle das Badische Staatsbürgerrecht erworben hat. D. Red.

*) Das Gesetz (der §. 10 b des Strafedikts) setzt nur ein maximum, aber kein minimum der zu erkennenden Dauer der Detention fest. Die Detention soll nämlich „nicht über die Hälfte „der (im Falle der Ueberführung zu erkennenden) Strafzeit an„dauern". Wie viel aber unter dieser Hälfte geblieben werden soll, ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Uebrigens wird nach der Praxis da, wo im Falle der Ueberführung auf Todesstrafe zu erkennen wäre, die Detention gewöhnlich auf 10 — 15 Jahre bestimmt. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 16. October 1841.

Staatsanwaltschaft und Anklageverfahren.

§. 1.

Das Institut der Staats-Anwälte stammt aus Ländern, in welchen in Strafsachen der Anklage-Prozeß besteht. Ich spreche hier nicht von demjenigen Anklage-Prozeß, vermöge dessen der Verletzte oder seine Angehörigen die gerichtliche Bestrafung des Verbrechers selbst betreiben müssen. Der Staats-Anwalt ist der öffentliche Ankläger.

Im Namen der Gesellschaft, im öffentlichen Interesse, führt er gegen den Verbrecher die Anklage. Er handelt von Amtswegen, die strafgerichtliche Verfolgung ist also auch bei diesem Verfahren eine Amtspflichtige, und dieses Verfahren unterscheidet sich von dem reinen Inquisitionsprozeß nur darin, daß bei der Untersuchung zwei verschiedene Autoritäten thätig sind: der öffentliche Ankläger, welcher in Bezug auf die Einleitung und Führung der Untersuchung im Namen des Staats die Anträge stellt, die Beweise erforscht und dem Gerichte mittheilt, unter gewissen Voraussetzungen fürsorglich auch selbst Untersuchungshandlungen vornimmt, sodann der Untersuchungsrichter, welcher die Beweise erhebt, den Angeschuldigten vernimmt, und über die Zulässigkeit der bei der Untersuchung gegen den Angeschuldigten nöthigen Maaßregeln (Vorführung, Verhaft, Hausvisitation, Briefbeschlagnahme ꝛc.) erkennt, wogegen bei dem reinen Inquisitions-Prozeß der Untersuchungsrichter ohne Anträge und Mitwirkung einer andern Behörde die Untersuchung allein einleitet und fortsetzt, und über alles, was zum Zwecke der Untersuchung nöthig ist, unaufgefordert selbst verfügt.

In dem weitern Stadium, wo die Untersuchung geschlossen, und die Sache, sei es für eine mündliche Verhandlung, oder für einen Vortrag des Referenten zum Behufe der Collegialischen Berathung und Entscheidung reif ist, unterscheidet sich das Anklage-Verfahren von dem reinen Inquisitionsprozesse dadurch, daß bei dem erstern der Staats-Anwalt eine Anklageschrift zu übergeben hat, in welcher er nach dem Ergebniß der Untersuchung darstellt, daß, und welches Verbrechen der Angeklagte verübt habe, und welches Strafgesetz auf ihn Anwendung finde. Diese Anklageschrift dient der darauf folgenden Vertheidigung als Basis, und selbst der Richter, wenn er auch der That eine andere rechtliche Eigenschaft beilegen kann, als der Staatsanwalt gethan hat, erkennt doch nur über diejenigen Handlungen des Angeklagten, deren der letztere in der Anklageschrift beschuldigt ist. In dem reinen Inquisitionsprozeß kommt eine solche Anklageschrift nicht vor.

Endlich giebt es in einem dritten Stadium, nach gefälltem Urtheil, noch eine Art Anklageverfahren, insoweit der Staatsbehörde gegen das gefällte Erkenntniß ein Recurs an den höhern Richter im öffentlichen Interesse eingeräumt ist.

Das vollständige Anklageverfahren durch alle drei Stadien findet in deutschen Ländern, obwohl es hier ehemals noch ausgedehnter, als oben beschrieben, bestanden hat, wenig mehr Anwendung.

In Baden besteht es nur in Bezug auf diejenigen Vergehen, welche durch die Presse verübt sind. Theilweise kann man auch das Verfahren wegen der nicht durch die Presse verübten Ehrenkränkungen und Verläumdungen noch hierher rechnen. Allgemein besteht aber hier in dem oben erwähnten dritten Stadium das Recurs-Recht des Staats-Anwalts gegen hofgerichtliche Straferkenntnisse im Interesse des Gesetzes.

§. 2.

Es ist nicht zu verkennen, daß das vollständig durchgeführte Anklageverfahren insbesondere im ersten Stadium da, wo es die eigentliche Untersuchung gilt, neben wesentlichen Vortheilen wohl auch seine Nachtheile hat.

Die demselben zu Grund liegende Idee besteht darin, daß durch die Theilung der Thätigkeiten in solche, welche die eigentliche Verfolgung des Angeschuldigten bezwecken, und in solche, welche die Verfolgungsmittel prüfen, über

Digitized by Google

ihre Zulässigkeit erkennen, und sie nach Befinden realisiren, die größere Unbefangenheit des Richters, dem die letztere Thätigkeit zufällt, gewahrt werde. Wenn bei Abgang eines Anklägers alles, was zur Aufklärung der Sache gehört, durch den Richter selbst, unaufgefordert erforscht, und der Angeschuldigte ohne Antrag eines Betheiligten vom Richter verfolgt wird, so erscheint der Richter dem Angeschuldigten gegenüber gewissermaßen als Partei, und er ist bei der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit dessen, was er ohne Anträge selbst thut, nicht so unbefangen, als wenn er nur in der Mitte zwischen zwei Parteien, zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten, steht, und über die Anträge des erstern gegen den letztern gewissermaaßen entscheidend verfügt.

In der Wirklichkeit gestaltet sich die Sache aber nicht immer rein so, wie sie von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus sich darstellt. Namentlich kommt es hier vor, daß der Untersuchungsrichter, da er allein steht, und überall schnellen Entschluß fassen soll, den Anträgen des Staats-Anwalts mitunter willfähriger entspricht, und weiter geht, als er gegangen wäre, wenn er, ohne durch die Autorität einer andern Behörde dazu veranlaßt worden zu sein, auf seine alleinige und eigene Gefahr hätte handeln müssen. Auch kann er, seiner Stellung zwischen dem Ankläger und Angeklagten ohngeachtet, je nach seinen persönlichen Eigenschaften dennoch geneigt sein, gegen den Angeschuldigten Partei zu nehmen, und hat er etwa eine entgegengesetzte Geneigtheit, so können zwischen ihm und dem Staatsanwalt leicht Collisionen entstehen, welche der Sache selbst nachtheilig sind, indem dadurch Zögerungen entstehen, und der günstige Augenblick zu der einen oder andern Untersuchungshandlung verloren geht.

Ueberdieß ist in Anschlag zu bringen, daß, wenn die Stellung des Untersuchungsrichters durch das Anklageverfahren etwas unbefangener wird, dagegen jene des Staatsanwalts aus dem gleichen Grund desto befangener wird, und daß dadurch je nach der Präponderanz des Staatsanwalts, der Angeklagte zuweilen mehr leiden kann, als wenn im Inquisitionsprozeß nur eine Person, deren Verfolgungspflicht durch ihre Richterpflicht gemildert wird, gegen ihn auftritt.

Wenn aber gleichwohl dem Prinzip der Theilung der Thätigkeit von dem allgemeinen Gesichtspunkte aus noch der Vorzug gebührt, so sind die hier angeführten Gegenbetrachtungen denn doch von solchem Gewicht, daß sie es rechtfertigen, daß man nur versuchsweise zu Werke gehe, und nicht auf einmal das ganze bisherige Strafverfahren von Unten bis Oben und in Bezug auf alle Verbrechen und Vergehen ganz umkehre; denn so viel ist gewiß, daß, wenn auch die Waagschale im Allgemeinen entschieden sich zu Gunsten des Anklageverfahren senkt, bei einer plötzlichen und allgemeinen Einführung desselben auf eine Reihe von Jahren die Nachtheile dennoch überwiegend wären. Mit jedem größern neuern Gesetze sind, bis es ins Leben übergegangen ist, viele Nachtheile verbunden. Sie sind aber um so größer, je umfassender die Aenderungen sind, die auf einmal ins Leben treten sollen. Man denke sich nur die Schwierigkeiten, die es haben müßte, bis wir Staatsanwälte und Untersuchungsrichter hätten, welche, ohne daß nachtheilige Conflicte und Zögerungen veranlaßt würden, auf eine leichte und gewandte Art, jeder in seiner Späre sich gegenseitig in die Hände arbeiten würden, und ihre Stellung gehörig begriffen hätten.

§. 3.

Abstrahiren wir aber bei solchen Erwägungen zur Zeit auch von einer vollständigen Einführung des Anklageprozesses, so dürfte es doch keinem gleichen Bedenken unterliegen, das Anklageverfahren einstweilen in dem zweiten oben gedachten Stadium, nämlich vor dem urtheilenden Gericht einzuführen, und jenes im dritten Stadium in Bezug auf die Recurse der Staatsbehörde einigermaßen zu modificiren. In dem Stadium, wo die Untersuchungssache vor dem urtheilenden Gerichte liegt, werden die mit der Anklage verbundenen Vortheile größer und die Nachtheile geringer, als sich die einen oder andern bei dem eigentlichen Untersuchungsverfahren darstellen. Hier ist mehr Wahrheit daran, daß das Gericht zwischen dem Ankläger und Angeklagten eine unparteiische Stellung einnehme, als dieß bei dem Untersuchungsrichter möglich ist, der sich nie auf bloßes Entscheiden beschränken kann, sondern immer auch noch selbstthätig einwirken muß. Auf der andern Seite verletzt es, man möchte sagen den Anstand, daß der Referent, ein Gerichtsmitglied, welches bei der Abtheilung mitstimmt, gewissermaaßen die Anklageakte selbst fertige, daß er nämlich das Resultat der Untersuchung, ob, und welches Verbrechens der Angeschuldigte schuldig sei, selbst aufstelle und begutachte, während es in der Natur des Richteramts liegt, nur über das, was unter zwei sich gegenüber stehenden bestritten ist, zu entscheiden.

Dazu kommt, daß auch die Defension keine gehörige Basis hat, wenn der Vertheidiger nicht weiß, was dem Angeschuldigten zur Last gelegt werde.

Das Wichtigste aber ist noch, daß nur unter der Voraussetzung einer solchen Anklage eine mündliche Verhandlung von dem urtheilenden Gericht angemessen vor sich gehen kann.

Eine solche Verhandlung, wobei der Staatsanwalt, der Angeschuldigte und sein Vertheidiger vernommen werden,

Digitized by Google

und der ganze Sachverhalt vor allen Mitgliedern des Gerichts vollständig aufgeklärt wird, ist von außerordentlichem Werthe. Der Richter soll nicht nur durch das Organ des Referenten von dem Resultate der Untersuchung in Kenntniß gesetzt werden, er soll die Betheiligten selbst hören. Daß er dadurch weit vollkommener informirt wird, als durch eine bloße Relation, hat sich bei uns seit 1832, wo unser gegenwärtiges mündliches Verfahren in Civilsachen eingeführt wurde, bis zur Evidenz bewährt.

Es sind damit auch lediglich keine Schwierigkeiten verbunden, die Sache geht ihren einfachen Gang. Schwierigkeiten erheben sich nur, wenn bei der mündlichen Verhandlung zugleich auch die, vielleicht von ferne herzuberufenden Zeugen abgehört werden sollen.

Es ist unzweifelhaft, daß auch diese Zeugenabhör vor dem urtheilenden Gerichte in gewissen Fällen von noch größerem Werthe ist, indem dadurch das Bild des Ganzen dem Richter erst vollständig wird, und manche früher nicht geahnte Aufklärung durch die Abhör der Zeugen in Gegenwart der Parteien vor dem Gerichtshofe selbst, sich ergeben kann, wie auch die Erfahrung anderwärts zeigt, wo oft die Sache am Schlusse der mündlichen Verhandlung eine ganz andere Gestalt hat, als sie eine solche vorher am Schlusse der Voruntersuchung hatte.

Da übrigens die Schwierigkeiten einer Zeugenvernehmung bei der Schlußverhandlung sehr bedeutend sind, und hier, wo man keine Juri hat, und deßhalb allgemein einen Recurs zuläßt, das nämliche Verfahren zweimal vorkommen kann, so wird man diese vollständigere Verhandlung vor dem urtheilenden Gerichte auf die wichtigern Fälle beschränken, und auch dabei noch dem richterlichen Ermessen, welche Zeugen als besonders wichtig vorzuladen seien, vieles einräumen müssen.

Dagegen sollte die einfache Verhandlung zwischen dem Staatsanwalt und dem Angeklagten und seinem Vertheidiger (nach Anhörung eines von einem Gerichtsmitgliede vorzutragenden Aktenauszuges über die thatsächlichen Ergebnisse der Untersuchung) in keinen, auch nur einigermaaßen bedeutenden Straffällen beschränkt werden. Sie dient zur Förderung des materiellen Rechts, und gibt weder zu Conflikten noch zu Verzögerungen Anlaß, wie dieß bei einer Theilung der Thätigkeit in der eigentlichen Untersuchung der Fall sein kann. Daß die Sitzungen des urtheilenden Gerichts durch diese mündlichen Verhandlungen verlängert oder vermehrt werden, kann eine nur unbedeutende Erhöhung des Budgets (wegen einiger Vermehrung des Personals) zur Folge haben, und gegen die Vortheile einer reiferen Prüfung der Strafsachen und einer gründlichern Information der urtheilenden Richter gar nicht in Anschlag kommen.

§. 4.

Ist übrigens wegen einer solchen Anklageführung vor dem urtheilenden Gerichtr ein Staatsanwalt einmal nöthig, so ist er ohne Zweifel auch in Bezug auf das dritte Stadium nach gefälltem Urtheil das passende Organ, durch welches im öffentlichen Interesse die Recurse auszuführen sind, insoweit man dieselben in Strafsachen überhaupt zulassen will.

In der letztern Beziehung ist es übrigens noch keineswegs so liquid, daß dem Staatsanwalt überall in gleichem Maaße wie dem Angeklagten selbst, der Recurs zustehen müsse. Man kann sich hier nicht auf den Satz berufen. Die Rechte der Parteien sind gleich.

Das Unrecht ist viel größer, wenn ein Unschuldiger verurtheilt wird, als es ist, wenn ein Schuldiger freigesprochen wird; darum hat man von jeher in Strafsachen in vielerlei Punkten den einzelnen Beschuldigten mehr begünstigt, als die ihm gegenüberstehende Gesammtheit.

In den meisten deutschen Ländern ist deßhalb auch nur dem Verurtheilten gegen Straferkenntnisse ein Rechtsmittel eingeräumt, wogegen diese Erkenntnisse zu Gunsten der Angeschuldigten alsbald die Rechtskraft beschreiten, ohne daß dagegen ein Recurs an den höhern Richter im öffentlichen Interesse statt findet.

Es ist bedenklich, diese Einrichtung, wo sie besteht, gegen das Institut der Staatsanwaltschaft zu vertauschen, insbesondere wenn dieses Institut nicht auf der andern Seite durch eine damit verbundene mündliche Verhandlung vor dem urtheilenden Richter wieder eine weitere Gewährschaft für die materielle Güte der Strafurtheile gibt.

Allerdings kann man sagen: es soll Gerechtigkeit geschehen, der Angeschuldigte soll daher, wenn er mit Unrecht frei gesprochen ist, keine Schutzwehr dagegen haben, daß ihm durch ein weiteres Erkenntniß des höhern Richters noch sein Recht werde.

Allein wenn der Richter erster Instanz sich irren konnte, so kann es auch der höhere Richter, keine menschliche Einrichtung kann davor Schutz gewähren. Den weisen Spruch des römischen Kaisers im Auge: lieber 100 Schuldige frei sprechen, als einen einzigen Unschuldigen verurtheilen — sollte man daher da, wo einmal ein Gerichtshof ausgesprochen hat: er könne sich von der Schuld des Angeschuldigten nicht überzeugen, die Sache mindestens so zweifelhaft finden, daß man nun den Angeschuldigten auf die Gefahr, daß ihm zu gut geschehe, eher frei läßt, als daß man auf die Gefahr, daß ihm zu hart geschehe, noch einen andern Gerichtshof zur Entscheidung berufe, und so dem Angeschuldigten bei der überall erscheinenden Verschiedenheit

Digitized by Google

der Meinungen noch eine zweite gefährliche Chance bereite, bei der er vielleicht durch eine einfache Stimmenmehrheit unterliegt, während er von dem ersten Gerichtshofe einstimmig frei gesprochen wurde.

§. 5.

Nur in Bezug auf das abstrakte Recht, in Bezug auf die Auslegung des Gesetzes, wenn z. B. der erste Richter die That als straflos erkläete, während sie doch vom Strafgesetze bedroht ist, oder wenn er sie als ein geringeres Verbrechen erklärte, als sie nach dem Strafgesetze erscheint, oder wenn übeehaupt ein unrichtiges Strafgesetz darauf angewendet ist, also wenn das Erkenntniß gegen das Jus in thesi veestößt, sind besondere Geünde vorhanden, eine Berichtigung durch den höhern Richter eintreten lassen zu können.

Schon die Rechtseinheit macht es nöthig, daß in solchen Fällen gewissermaaßen eine richterliche Central-Gewalt, die durch einen obersten Gerichtshof repräsentiet wied, Abhülfe gewähee, indem sonst die Peaxis in den verschiedenen Provinzen eine ganz veeschiedene Gesetzesauslegung stabil machen könnte, so daß in einer Peovinz eine That, mit hoher Strafe belegt, in der andern Provinz fortwährend straflos gelassen wüede.

Es ist auch, wo es sich um das Jus in thesi handelt, nicht blos wie bei einer Thatfrage die Schuld des einzelnen Angeschuldigten, sondern die Aufrechthaltung des Gesetzes in Sprache. Es handelt sich nicht nur um die Angelegenheit des einzelnen Angeschuldigten, sondern um die Angelegenheit aller, die in die gleiche Lage kommen, und dee Angeschuldigte ist nicht beschwert, wenn er unter der etwa zu strengen Gesetzesauslegung des höhern Richtees, wie etwa unter einem zu harten Gesetze selbst, eben so leidet, wie alle Andern darunter leiden.

Es handelt sich nicht, wie bei Thatfragen, um unsichere Beweise, die sich nur auf den speziellen Fall beziehen, und nie eine apodiktische Gewißheit begründen, sondern es handelt sich um die Aufrechthaltung des kathegorisch sprechenden Gesetzes selbst, bei welchem irgend eine Auslegung nothwendig, und die Gleichförmigkeit einer solchen im Inteeesse der Rechtseinheit dringend wünschenswerth ist. Wird die letztere durch die Gestattung des Recurses an einen Centralgeeichtshof von beiden Seiten auch nicht vollständig erreicht, so kommt man ihr dadurch doch näher, als wenn der Gerichtshof jeder Provinz, obgleich nur zu Gunsten des Angeschuldigten, in letzter Instanz ertheilt.

So wie hiernach ein Recurs im öffentlichen Interesse da, wo der Gerichtshof erster Instanz contra jus in thesi erkannte, nothwendig ist, ebenso muß auch da, wo der Richter erster Instanz durch das Verfaheen das Gesetz verletzte, ein Rechtsmittel im öffentlichen Intereffe zulässig sein, um das mit Verletzung der Vorschriften des Verfahrens ergangene nichtige Urtheil aufheben, und ein neues fällen zu lassen.

Hier, wie im eestern Falle, ist das Gesetz verletzt, was da, wo nur eine Thatfrage uneichtig beurtheilt wuede, nicht der Fall ist.*)

§. 6.

Das Organisationsedikt von 1809. Litt. F. §. 31 e. hat dem Justizministerium das Recht eingeräumt, hofgerichtliche Strafurtheile

„in Fällen, wo dieselben als viel zu mild erachtet werden, mit den Akten an das Obeehofgericht zur Peüfung und Entscheidung abzugeben."

Es scheint, daß diese Abgabe der Urtheile an das Oberhofgericht da, wo ein Hofgericht den Angeschuldigten ganz frei gesprochen hat, nicht zugelassen werden sollte, da es uneigentlich wäee, in solchen Fällen von einem zu milden Urtheile zu sprechen. Erwägt man dabei, daß nach unserer jetzigen Gesetzgebung beinahe alle Strafen fest bestimmt sind, so wird es nicht gewagt sein, anzunehmen, daß die angeführte Bestimmung des Organisationsedikts hauptsächlich nur diejenigen Fälle im Auge hatte, in welchen der Richtee das Verbrechen zu gering qualificirt, und deßhalb eine geringere als die gesetzliche Strafe erkennt.

Sei dem, wie ihm wolle, im Jahre 1826 fing das Justizministerium an, sich auch Akten in Fällen, wo freisprechende Erkenntnisse erfolgten, vorlegen zu lassen, und nun auch solche Akten an das Oberhofgericht abzugeben, welches seine Competenz anerkennend auch in diesen Fällen die hofgerichtlichen Urtheile seiner Prüfung und Entscheidung unterwarf. In dieser Beziehung wurde also der Rechtsstand des Angeschuldigten duech das Gesetz vom

*) Wenn das Gesetz Beweisregeln feststellt, so soll es doch nie sagen: bei dem Daseyn dieser oder jener Beweise muß eine Verurtheilung erfolgen. Eine Verurtheilung soll nur erfolgen, wenn der Richter von der Schuld des Angeschuldigten nach allen Umständen vollständig überzeugt ist, und das Gesetz soll nur negative Bestimmungen geben, daß die Ueberzeugung des Richters ohne diese und jene Voraussetzungen zur Verurtheilung nicht hinreichen soll. Die Beweisregeln sollen nur bestimmen, was wenigstens vorhanden sein müsse, um etwas als erwiesen annehmen zu dürfen. Sie sollen aber kein Maaß bestimmen, bei welchem etwas als erwiesen angenommen werden müsse. In der letztern Richtung muß die richterliche Ueberzeugung frei sein. Aber eben darnach kann der Richter dann dadurch, daß er etwas nicht als erwiesen annahm, nie das Gesetz verletzen.

Digitized by Google

3. August 1837, welches unter Aufhebung der gedachten Bestimmung des Organisationsedikts von 1809 das allgemeine Rekursrecht des Staatsanwalts einführte, nicht verschlimmert, obschon es vom Standpunkte des Gesetzgebers aus nach den oben dargestellten Gründen räthlich wäre, das Recursrecht des Staatsanwalts auf diejenigen Fälle zu beschränken, wo das hofgerichtliche Urtheil contra Jus in thesi verstößt, oder wo die Vorschriften des Verfahrens verletzt worden sind. *)

§. 7.

Auch da, wo der Recurs des Staatsanwalts überhaupt zugelassen wird, möchte es im Interesse der Gerechtigkeit zum Schutze der Unschuld räthlich sein, zu einem reformatorischen Erkenntnisse mehr zu fordern, als da, wo es sich um einen Recurs des Angeschuldigten handelt, das reformatorische Urtheil also zu seinen Gunsten ergeht.

Statt, wie schon vorgeschlagen wurde, bei dem Oberhofgerichte eine stärkere als einfache Stimmenmehrheit zu fordern, würde ich die Einrichtung treffen, daß der eine oberhofgerichtliche Senat vor der Vernehmung des Angeschuldigten zuerst in geheimer Sitzung auf den Vortrag des Referenten über die Zulassung oder Verwerfung der Beschwerde, und nur wenn dieser Senat die Beschwerde begründet fände, alsdann der andere Senat, auf vollständige Recursverhandlung hin, endgültig zu erkennen hätte, so daß nur dann, wenn beide Senate über die Unrichtigkeit der hofgerichtlichen Rechtsansicht einverstanden wären, eine Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils zum Nachtheil des Angeschuldigten statt fände. *)

Man kann zwar durchaus nicht sagen, daß hier in Baden von dem Recursrechte des Staatsanwalts, seitdem es besteht, irgend ein Mißbrauch oder auch nur überhaupt ein starker Gebrauch gemacht worden sei.

Im Jahre 1840 z. B. hatte das Oberhofgericht 203 Recurse der Verurtheilten, und nur 12 Recurse der Staatsanwälte zu erledigen. Von diesen 12 Recursen der Staatsanwälte gingen 10 gegen freisprechende hofgerichtliche Erkenntnisse. In 6 Fällen wurden die hofgerichtlichen Urtheile bestätigt, in den 4 übrigen durch reformatorisches Urtheil Strafen erkannt. — Ein weiterer Recurs eines Staatsanwalts ging gegen die Verweigerung der Einleitung einer Untersuchung, und ein anderer zu Gunsten des Angeschuldigten gegen eine auf den Grund des §. 10 des Strafedicts wegen Gefahr für die öffentliche Sicherheit erkannte Detention. — In den beiden letztern Fällen wurde vom Oberhofgericht nach den Anträgen der Staatsanwälte entschieden.

Diese Resultate sind wohl großentheils durch die Instruktion veranlaßt, welche das Justizministerium den Staatsanwälten dahin ertheilte, daß sie von dem Recursrecht nur „dann Gebrauch zu machen haben, wenn dieß aus entscheidenden Gründen dringend rathsam sei.“

Indessen haben diese Erscheinungen immerhin in wechselnden Persönlichkeiten und andern zufälligen Umständen ihren Grund, und können darüber, daß das unbeschränkte Recursrecht des Staatsanwalts dem Angeschuldigten überall eine zweite gefährliche Chance bereiten kann, nicht beruhigen.

§. 8.

Wird aber nun einmal, sei es unbedingt oder unter den oben gedachten Beschränkungen, für nothwendig erachtet, daß über die dem Angeschuldigten günstigen Urtheile im öffentlichen Interesse noch der Ausspruch eines höhern Richters eingeholt werden könne, und fragt es sich nur, wer einen solchen Ausspruch des höhern Richters im öffentlichen Interesse zu veranlassen befugt sein soll, so ziehe ich hiefür allen andern Einrichtungen die der Staatsanwaltschaft bei weitem vor.

Das unmittelbare Einschreiten des Justizministeriums, wie das Organisationsedikt von 1809 es verordnete, ist

*) Es mag noch die Frage entstehen, ob nicht auch da, wo der Richter bei unbestimmten Strafdrohungen die Strafe zu gering bemißt, ein Recurs des Staatsanwalts stattfinden soll? — Der Fall steht zwischen den beiden andern in der Mitte. Der Richter hat kein Gesetz verletzt, sondern sich nur in seinem Arbitriren geirrt. Auf der andern Seite liegt darin aber auch nicht bloß die unrichtige Beurtheilung einer Thatfrage, welche (die in der vorigen Note erwähnten Beschränkungen abgerechnet) allein von einem subjectiven Ueberzeugtsein abhängt. Der Recurs des Staatsanwalts ist daher zulässiger, als über bloße Thatfragen, aber weniger gerechtfertigt, als bei Gesetzesverletzungen. Die Gleichförmigkeit der Justizverwaltung spricht hier allerdings ebenfalls für die Zulassung des Recurses des Staatsanwalts, wenn gleich weniger, als da, wo der Richter das Gesetz selbst irrig ausgelegt hat. Wird übrigens dem Staatsanwalt der Recurs gegen zu niedere Strafausmessungen eingeräumt, so sollte man, da das wirklich verschuldete Strafmaß (zwischen dem Maximum und dem Minimum) doch nicht auf der Goldwaage gefunden werden kann, zur Verhinderung des Mißbrauchs die Beschränkung beifügen: der Recursrichter dürfe in solchen Fällen nur dann reformiren, wenn er dafür halte, daß eine wenigstens um die Hälfte (oder bei Strafen unter einem Jahre eine wenigstens doppelt) höhere Strafe verschuldet sei.

*) Die Geschäftsvermehrung, welche durch diese Berathung in beiden Senaten des obersten Gerichtshofes sich ergeben würde, wäre, da wenigstens bisher die Recurse der Staatsanwälte nur etwa den zwanzigsten Theil aller Recurse ausmachen, von geringer Bedeutung.

Digitized by Google

weniger passend; denn abgesehen davon, daß das Justizministerium der richterlichen Selbstständigkeit gegenüber mehr imponirt, als ein Staatsanwalt, besteht ein Hauptvorzug des letztern jedenfalls darin, daß er am Sitze des Gerichts zu jeder Zeit alle Akten einsehen und unmittelbar nach gefälltem Erkenntnisse über die Ergreifung eines Recurses den Entschluß fassen kann, während die Vorlage der Akten an das Justizministerium das Geschäft außerordentlich weitläufig macht, und den Gang der Gerechtigkeitspflege verzögert.

Auch die Einrichtung, daß der Vorstand des Hofgerichts oder jedes Mitglied, dessen Ansicht bei der Urtheilsfällung in der Minorität blieb, im öffentlichen Interesse recurriren könne, ist weniger angemessen, als wenn dazu ein für allemal ein besonderer Beamter ernannt wird. Es hat offenbar etwas Unschickliches, wenn Gerichtsmitglieder, die bei der Urtheilsfällung mitgewirkt haben, den Streit über ihre von einander abweichenden Meinungen im Wege eines Rechtsmittels selbst vor den höhern Richter bringen. —

Hier in Baden ist nun bei jedem Hofgerichte ein Mitglied des Gerichtshofs selbst als Staatsanwalt aufgestellt. Derselbe hat außer seinen Staatsanwaltsgeschäften, soweit ihm Zeit erübriget, die nämlichen Verrichtungen, wie jedes andere Gerichtsmitglied. Nur kann er, wie sich von selbst versteht, bei Aburtheilung von Strafsachen weder Vortrag erstatten, noch mitstimmen.

Wäre nach dem obigen Vorschlage eine Anklageschrift zu fertigen und vor dem Hofgericht mündlich zu verhandeln, so könnten die Staatsanwälte natürlicher Weise zu andern richterlichen Funktionen nicht mehr verwendet werden, sie würden im Gegentheile für ihre Staatsanwaltsgeschäfte noch Gehülfen bedürfen.

Bei dem Oberhofgerichte functionirt gegenwärtig (die Preßvergehen ausgenommen) kein Staatsanwalt. Auch hier wäre aber ein solcher ständig beschäftigt, wenn auch für das Recursverfahren eine Art mündlicher Verhandlung eingeführt würde.

§. 9.

Noch über zwei Fragen, die sich auf unsere Staatsanwaltschaft beziehen, wird da und dort diskutirt.

Die erste derselben betrifft die Bestimmung des Gesetzes, wornach der Staatsanwalt den Sitzungen der Hofgerichte, in welchen Strafsachen zur Aburtheilung kommen, beizuwohnen hat.

Wird nach dem obigen Vorschlage eine mündliche Verhandlung eingeführt, so versteht es sich von selbst, daß der Staatsanwalt der nach geschlossener Verhandlung eintretenden geheimen Berathung des Gerichtshofs nicht beiwohnen kann, indem er ja in diesem Falle die Anklageschrift verfertigt und bei der mündlichen Verhandlung den Staat gegenüber dem Angeklagten vertritt. So wenig der Vertheidiger der geheimen Berathung des Gerichtshofs beiwohnen kann, ebensowenig und noch weniger ist dieß von Seiten des öffentlichen Anklägers zulässig.

Gegenwärtig aber, wo der Staatsanwalt nicht als Ankläger auftritt, sondern erst nach gefälltem Urtheil zur Ergreifung des Recurses berufen ist, nimmt das Gesetz von 1837 keinen Anstand, ihn gewissermaßen als den Wächter des Gesetzes den Berathungen des Gerichtshofes anwohnen zu lassen.

Das Gesetz von 1837 hat ihn, weil es ihn nicht als Partei, sondern lediglich als den Wächter des Gesetzes betrachtet, eben deßhalb berechtigt erklärt, nicht nur für die Gesammtheit gegen den Angeschuldigten, sondern selbst zu Gunsten des Angeschuldigten den Recurs zu ergreifen. Dieß ist nun aber, wie leicht erklärlich, von keiner großen praktischen Bedeutung. Der Angeschuldigte sorgt schon für sich selbst, er bedarf dazu des Staatsanwalts nicht, es wird ihm, wenn er unvermögend ist, immer von Amtswegen ein Anwalt aufgestellt. Es ereignet sich daher höchst selten der Fall, daß ein Staatsanwalt wirklich zu Gunsten des Angeschuldigten den Recurs ergreift; es können wohl Jahre vergehen, bis wieder ein einziger derartiger Fall eintritt. Das Augenmerk des Staatsanwalts geht, wie es die Natur der Verhältnisse mit sich bringt, nur dahin, daß der Angeschuldigte nicht ungebührlich günstig durchkomme. Praktisch erscheint der Staatsanwalt daher immer als Partei, nämlich als Vertreter der öffentlichen Interessen gegenüber dem Angeschuldigten.

Aber abgesehen hievon, so hat er jedenfalls nach gefälltem Urtheil dadurch, daß er den Recurs ergreift, Partei zu nehmen, und zwar, wenigstens in der Regel, gegen den Angeschuldigten.

Der menschlichen Natur ist es aber nicht entsprechend, daß derjenige, der den Beruf hat, nach gepflogener Berathung und gefälltem Urtheile als Partei aufzutreten, bei der Berathung selbst noch ganz parteilos sei. Wenigstens wird diese Parteilosigkeit nirgends viel Vertrauen finden, und der Angeschuldigte möchte in gewissen Fällen, wo ihm eine besondere Richtung des Staatsanwalts bekannt wäre, es auffallend finden und beklagen, daß sein Gegner, der die Interessen der Gesammtheit vertheidigt, den geheimen Berathungen des Gerichts beiwohnt, während sein, des Angeschuldigten, Vertheidiger davon ausgeschlossen ist.

Eine solche Anomalie sollte in der Rechtsverwaltung nicht erscheinen, und der daraus hervorgehende Mißstand

Digitized by Google

vermehrt sich, wenn bekannt wird, daß der Staatsanwalt an den geheimen Berathungen selbst noch Theil nimmt.

Ueber die Zulässigkeit einer solchen Theilnahme sind die Ansichten getheilt. Das Justizministerium hat sich dafür erklärt, daß der Staatsanwalt nach erstattetem Vortrag und Instructio-Votum seine Meinung äußern dürfe, daß aber hieraus nie eine Discussion zwischen dem Staatsanwalt und den übrigen Mitgliedern des Gerichtshofs erwachsen soll. Das Oberhofgericht hat dagegen in einem vorgekommenen Falle ausgesprochen, daß eine solche Meinungsäußerung des Staatsanwalts bei der geheimen Berathung unstatthaft sei, weil darin schon eine Theilnahme an der Berathung liege, die Begründung einer Meinung eine Gegenbegründung hervorrufe und damit eine Discussion zwischen dem Staatsanwalt und den Votanten sich von selbst ergebe.

Nach Verschiedenheit der Persönlichkeiten kann eine solche Einmischung des Staatsanwalts möglicherweise *verschiedenartige* Mißstände in *entgegengesetzter* Richtung zur Folge haben. Der Staatsanwalt kann nämlich dabei einen *zu großen Einfluß* auf die Abstimmung haben, oder seine Einmischung kann, die Eifersucht einzelner Richter erregend, wohl auch *ungegründete Widerlegungen* veranlassen.

Beide Möglichkeiten sind gleich schlimm, und der Natur der Sache entspricht es nur, wenn bei der Berathung Niemand mitzuwirken hat, als diejenigen, die eben das Urtheil fällen sollen, wie dies *dann*, wenn der Staatsanwalt bei einer Schlußverhandlung auch *förmlich* als Gegner des Angeschuldigten aufträte, jedenfalls geschehen würde.

§. 10.

Die *andere* (wenigstens in andern Ländern) vielfach erörterte Frage betrifft das Verhältniß der Staatsanwälte zu dem Justizministerium. — Sollen dieselben eine selbstständige Stellung haben, oder vom Justizministerium in Bezug auf einzelne Fälle auch Weisungen empfangen können?

Hier bin ich entschieden der Ansicht, daß die Stellung des Staatsanwalts nicht unabhängig, wie die des Richters, sein dürfe, daß vielmehr die Einrichtung, wie sie in dieser Beziehung gegenwärtig in Baden besteht, allein der Natur der Sache entspreche, daß nämlich der Staatsanwalt in der Regel für sich allein den Entschluß zu fassen habe, ob er den Recurs ergreifen wolle oder nicht (und ob er, wo das Anklageverfahren besteht, überhaupt eine Anklage erheben und auf was er sie richten wolle), daß er dagegen da, wo er Zweifel hat, bei dem Justizministerium anzufragen habe, und daß ihm das Letztere auch ohne solche Anfrage nicht nur im Allgemeinen, sondern selbst in einzelnen Fällen Instruction, was er zu thun habe, ertheilen könne.

Es liegt im Aufsichtsrecht der Regierung, daß sie über die Aufrechthaltung der Gesetze wache und für die Gleichförmigkeit der Justizverwaltung sorge. Sie darf nicht selbst entscheiden, noch auf die Entscheidung der Gerichte einwirken; aber sie kann im Interesse des Gesetzes und einer Gleichförmigkeit der Rechtspflege Entscheidungen des zuständigen höhern Richters veranlassen.

Auf dieses Aufsichtsrecht ist das Institut der Staatsanwaltschaft gegründet. Der Staatsanwalt ist daher Organ der Regierung, und die Organe der Regierung bedürfen in allem einer leitenden Gewalt.

Ohne eine solche centrale Leitung kann auch der Zweck der Staatsanwaltschaft nicht erreicht werden.

Hätte der eine Staatsanwalt in Bezug auf die Auslegung des Gesetzes eine andere Ansicht als der Staatsanwalt eines andern Gerichtshofs, und wäre nicht der eine oder andere gehalten, nach der Weisung des Justizministeriums irgend eine von dieser Centralbehörde bestimmte Ansicht zu verfolgen, so würde der eine Staatsanwalt wegen der von einem Gerichtshofe angenommenen (vielleicht zu milden) Gesetzesauslegung den Recurs ergreifen, während der andere Staatsanwalt im gleichen Falle, der Ansicht des Gerichtshofs selbst huldigend, die Recursergreifung unterließe. Auf solche Weise würde durch dieses Institut die Rechtseinheit nicht nur nicht gefördert, sondern noch gestört.

Der Grund, aus welchem die Unabhängigkeit des Staatsanwalts vom Justizministerium häufig vertheidigt wird, besteht darin, daß sonst die Regierung in Verfolgung von *politischen* Verbrechen zu viel Einwirkung erhalte.

Allein einmal ist eine solche Einwirkung der Regierung, insoweit sie sich nur auf die dem Staatsanwalt als Vertreter der Gesammtheit zustehende *gerichtliche Verfolgung* bezieht, ganz in Ordnung. Die Regierung ist in ihrem Rechte, wenn sie nur die Entscheidung des Richters über eine von ihr als Verbrechen betrachtete Handlung herbeizuführen sucht, und sie ist nur dann im Unrecht, wenn sie durch was immer für unlautere Mittel auf die *Art und Weise* der Entscheidung selbst einwirkt. Zum andern ist zu bedenken, daß die Regierung, wenn sie dem Staatsanwalt für sein Benehmen keine Weisungen geben könnte, bei der *Wahl* der Staatsanwälte dafür sorgen würde, daß sie solche bekäme, die in politischen Dingen eher *zu viel* als *zu wenig* thun, und solche wären, da für das ganze Land nur 4 nöthig sind, leicht zu finden.

Auf diese Weise möchte der Angeschuldigte mitunter in

Digitized by Google

die Lage kommen, selbst zu wünschen, daß doch der Staatsanwalt vom Justizministerium abhängig sein möchte.

Schon im Allgemeinen ist es übrigens eine nicht zu verkennende Wahrheit, daß der Mann, je höher und mächtiger er gestellt ist, auch in politischen Dingen um so nachsichtiger sein kann. Man sieht dieß z. B. bei der Censur, welche regelmäßig von höheren Behörden liberaler ausgeübt wird, als von untergeordneten Beamten, die nicht nur durch das Interesse der Sache selbst geleitet, sondern zugleich noch durch die Befürchtung bestimmt werden, daß sie sich durch irgend eine Milde oder Nachsicht die Unzufriedenheit der Obern, oder Verweise zuziehen.

Wie es der Regierung zustehen muß, einem Staatsanwalte Weisungen zu ertheilen, ebenso muß sie auch befugt sein, ihm, der nur als Organ der Regierung erscheint, diese Funktion zu jeder Zeit wieder abzunehmen, und sie einem Andern zu übertragen. Seine Rechte als Staatsdiener bleiben ihm nach dem Dieneredikt jedenfalls vorbehalten. Er kann darnach zwar beliebig versetzt oder pensionirt, aber nur aus gesetzlichen Gründen und in den gesetzlichen Formen ohne Pension entlassen werden. Das Dieneredikt macht in dieser Beziehung zwischen Richtern und Verwaltungsbeamten keinen Unterschied. — B.

II.

Noch einige Worte über den Satz: „Die Erwerbung des Meisterrechts ist nicht bedingt durch die Erwerbung des Bürgerrechts, sondern umgekehrt jene des Bürgerrechts durch die Erwerbung des Meisterrechts.

Der Verfasser des Aufsatzes in No. 35 der Annalen spricht sich sehr entschieden für den vorangestellten Satz aus und wird wohl in der Hauptsache Recht behalten; die Sache ist aber weder so bestimmt in den Gesetzen entschieden, als er annimmt, noch ist der Satz in der Anwendung unbedingt durchzuführen. Allerdings fordern §. 10. No. 2 und 3. und §. 22. No. 1. des Bürgerrechtsgesetzes den Besitz eines den Unterhalt einer Familie sichernden Nahrungszweiges, und, sofern die Ausübung desselben an gewisse Bedingungen gebunden ist, die Nachweisung, daß solchen Genügr gethan sei; allein §. 1. No. 5. ebendesselben Gesetzes zählt unter den Rechten der Gemeindebürger auch den Betrieb eines Gewerbes nach Vorschrift der Gesetze auf. Daraus folgt, daß der Nichtbürger in der Regel zu diesem Betrieb nicht befugt, mithin zur Aufnahme in die Zunft nicht qualificirt ist. Dieß sprechen auch viele Zunftartikel in Uebereinstimmung mit §. 21. lit. e. des 6. Constitutionsedictes aus; der letztere besagt: „Jeder, der sein Gewerbe hinlänglich erlernt hat, kann verlangen, Meister zu werden, sobald er das Ortsfassenrecht, sei es als Ortsbürger oder Schutzbürger, erlangt hat. Ein gegenseitiges Bedingen für die zwei verschiedenen und durch verschiedene Corporationen auszusprechenden Annahmen zum Bürger und Meister ist daher nicht zu verkennen, und es fragt sich nur, welche von beiden ihre bedingte Annahme vorausgehen zu lassen habe.

Das Großherzogliche Ministerium des Innern hat sich hierüber durch Beschluß vom 29. Januar 1836. No. 867. folgendermaßen ausgesprochen: Nach §. 10. des Bürgerannahmsgesetzes wird zum Antritt des angeborenen Bürgerrechts, insoferne die Ausübung des Nahrungszweiges an gesetzliche Bedingungen gebunden ist, die Nachweisung erfordert, daß solchem Genüge gethan worden sei. Insoferne dieses neuere Gesetz dem §. 24 e. des 6. Constitutionsedikts geradezu entgegen stehet, ist letzteres, als das ältere, aufgehoben. Da übrigens das Bürgerannahmsgesetz das Gewerbewesen nicht zum Gegenstand hat, so ist anzunehmen, daß es in der Zunftverfassung nichts änderte, wenn dieß nicht ausdrücklich erwähnt ist, und die anschrinend widersprechenden Stellrn sind wo möglich grgen einander in Einklang zu bringen. Hieraus folgt:

1) Wenn zum Antritt des angeborenen Bürgerrechts die Meisterannahme erforderlich ist, so muß dieselbe der Annahme als Bürger vorausgehen. (§. 10. No. 3. des B. G.)
2) Da aber nach §. 21 e. des Constitutionsedikts nur Orts- oder Schutzbürger Meisterrechte ausüben können, so ist die Meisterannahme nur unter der Voraussetzung zu ertheilen, daß der Angenommene das Bürgerrecht erhält.
3) Auf der andern Seite ist es den Gemeinden und Behörden ebenso unbenommen, wenn Gründe vorhanden sind, das Bürgerrecht unter der Bedingung vorläufig zuzusichern, daß der Aufzunehmende das Meisterrecht erwirbt. Dieß wird unter Umständen und namentlich dann zweckmäßig sein, wenn die Fertigung des Meisterstücks mit bedeutendrn Kosten und Zeitaufwand verbunden ist ꝛc.

Die mit der Erlangung des Meisterrechtes bedingte vorausgehende Bürgerannahme entspeicht der frühern Uebung, wie sie vor dem Erscheinen des B. R. G. statt hatte, und namentlich wird der Ausländer, der um die Annahme nachsucht, gerechten Anspruch darauf haben. Der Inländer, der sein Bürgerrecht antritt oder sich um die Aufnahme bewirbt, hat nach §. 10., 17. und 41. ein Recht, das ihm nicht versagt werden kann, sobald er die gesetzlichen Erfordernisse nachweiset, und es ist seine eigene Sache, zu prüfen, ob er diese besitze; er muß also, wenn er die Kosten und Zeitversäumniß des Meisterstücks und Meisterwerdens vergeblich aufwendet, die Schuld sich selbst beimessen; aber des Ausländers Aufnahmsgesuch hängt nach §. 40. in den meisten Fällen von dem guten Willen des Gemeinderaths und Ausschusses ab, der dem Nachsuchenden keinerlei Rechenschaft schuldig ist, warum er das Gesuch abschlägt; in diesem Fall wäre es hart, dem Nachsuchendrn zuzumuthen, er solle sich vorher zum Meister machen, ehe über sein Aufnahmsgesuch entschieden ist. Rettig.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. | Nro. 43. | Karlsruhe den 23. October 1841.

I.

Kann die unbekannte Dauer eines Menschenlebens ein Strafmaaß abgeben?

§. 1.

Jede Strafe, welche von dem Gesetz angedrohet und von dem Richter erkannt wird, hat ein doppeltes Strafmaaß, ein intensives und ein extensives. Das intensive oder den Grad des Schmerzes, welches durch das Strafübel dem Bestraften zugefügt wird, versuchen wir durch die verschiedenen Strafgattungen auszudrücken. Ich sage absichtlich versuchen, weil selbst dann, wenn wir die Zahl der Strafgattungen vermehren, und bei der Strafbestimmung für einzelne Verbrechen dem Richter unter mehreren Strafgattungen die Wahl lassen, — was in mancher Beziehung nicht immer erwünscht ist, — dennoch vermöge der Subjectivität des Bestraften, die Intensität der Strafe bei einer und derselben Strafgattung sehr verschieden sein kann. So z. B. ist dem reevenschwachen, mit Abscheu gegen Stockprügel erfüllten Südeuropäer eine Tracht Schläge etwas fruchtbares, was ihn bis zur Verzweiflung bringen kann, während der hartnervige, an die Idee von Prügel als Theil der Haus- und Staatsordnung gewöhnte Russe sie als einen kleinen vorübergehenden Schmerz ruhig abschüttelt, oder in einem Glas Schnapps die Erinnerung daran ertränkt; so kann dem Ehrliebenden, im Kittel oder im Frack, die entehrende Eigenschaft der Zuchthausstrafe und die aufgedrungene Genossenschaft mit Auswürflingen zur furchtbaren Pein werden, während ein anderer sich ganz behaglich in der unsaubern Gesellschaft befindet; so gibt es Naturen, denen ein beschäftigungsloses Vegetieen, ein einsames Hinbrüten im Kerker entspricht, wohl gar als Erholung erscheint, während der an Beschäftigung gewöhnte, dem diese als das einzige Rettungsmittel vor seiner innern Trostlosigkeit erscheint, darüber verzweifeln möchte. Leider ist es nicht möglich, diese und ähnliche Nüancen in dem innern Strafmaaß bei der Gesetzgebung zu berücksichtigen, und wir müssen uns mit dem Gedanken beruhigen, daß der Strafvollzug denkenden und fühlenden Beamten übertragen werde, die, so viel es ohne Verletzung der Strafgattung zulässig ist, ab- und zuzugeben wissen.

Das extensive Maaß der Strafe wird gebildet durch ihre Dauer oder durch den Zeitraum, während dessen der Bestrafte das Strafübel, eigentlich den unmittelbaren, vorübergehenden Theil desselben, zu leiden hat; es muß, wenn es den Namen eines Maaßes verdienen soll, ein bestimmtes, nach der Zeit zu bemessendes sein, wenn gleich dem Richter bei Verbrechen, die ihrer Natur nach von einer größern oder geringern Strafbarkeit sein können, die Wahl unter mehreren Strafmaaßen in dem Gesetze gelassen wird. Eine unbestimmte Größe, die durch kein Rechnungsexempel zu einer bestimmten erhoben werden kann, wird niemals einen Maaßstab abgeben.

§. 2.

Der Entwurf unseres Strafgesetzes hat unter die Strafmaaße für Freiheitsstrafen auch die menschliche Lebensdauer aufgenommen oder vielmehr Freiheitsstrafe auf Lebensdauer als ein Medium zwischen die Todesstrafe und die bemessenen Freiheitsstrafen hineingeschoben. Die Motive der Gesetzgebungs-Commission besagen hierüber: „Man konnte lebenslängliche Zuchthausstrafe nicht entbehren, sollte in der Strafscala zwischen der Todesstrafe und zeitlichen Freiheitsstrafe keine Lücke bleiben. Doch ist diese Strafe nie, wie die Todesstrafe, unbedingt gedroht, weil man dem richterlichen Ermessen gestatten wollte, sie nur da anzuwenden, wo sie nach allen Umständen des Falles als verdient erscheint; sie ist die schwerste Freiheitsstrafe, aber von der zeitlichen Zuchthausstrafe nicht generisch verschieden, und, zumal auch dem auf Lebenszeit Verurtheilten die Hoffnung nicht geraubt werden dürfte, durch musterhaftes Betragen in der Strafanstalt Begnadigung zu erhalten ꝛc.“

Die Hälfte der Commission der zweiten Kammer war gegen die Beibehaltung lebenslänglicher Zuchthausstrafe,

Digitized by Google

weil sie dieselbe für schwerer als Todesstrafe oder vielmehr für eine langsame vollzogene Todesstrafe erkannte, sie ließ sich aber durch den Zusatz beruhigen, daß nach 20jähriger Buße für den Sträfling Begnadigung durch das Gericht möglich sei, und diese Möglichkeit im Gesetz ausgedrückt werden solle.

§. 3.

Eine Strafe auf Lebenszeit d. h. die noch bei dem letzten Athemzug des Sträflings fortbestehet, hat kein Ende. Tittmann nennt sie sehr bezeichnend ewige perpetua. Sie hört auf, weil ihr Vollzug nicht mehr möglich ist, weil das Objekt für Anwendung des Strafübels von der Erde verschwunden, demselben nicht mehr zugänglich ist, aber der Gesetzgeber und der Richter haben ihr kein Ende bestimmt. So wenig der Gläubiger, dessen Schuldner absolut zahlungsunfähig wird, sagen kann, ich habe meinem Schuldner die Schuld erlassen, oder der Richter, welcher einen Verbrecher zu fünfjähriger Freiheitsstrafe verurtheilt hat, in dem Fall, da dieser im ersten Jahre stirbt, behaupten wird, ich habe die weitern 4 Strafjahre zum voraus für den Fall nachgesehen, daß der Sträfling im ersten Jahre sterben werde, eben so wenig kann der Gesetzgeber von der lebenslänglichen Freiheitsstrafe sagen, „ich habe ihr ein Ziel gesetzt" nein! die Natur hat ihn außer Stand gesetzt seiner endlosen Strafe fernere Anwendung zu verschaffen. Es fragt sich, kann eine endlose Strafe vor dem Tribunal der Vernunft, auf der Wage des Rechtsgesetzes, neben dem Glauben des Christen bestehen?

Eine Strafe ohne Ende ist keine Strafe, sie ist eine Sache, diese kann endlos und unbefriedigt sein, aber Strafe muß in Verhältniß mit dem Verbrechen stehen und etwas endloses und darum maßloses ist keines Verhältnisses fähig.

Ein dunkles Gefühl hievon scheint sich in den Motiven der Gesetzgebungskommission auszusprechen, welche in den lebenslänglichen Freiheitsstrafen einen Uebergang von der Todesstrafe, der maß- und begrifflosesten aller sogenannten Strafen, die weder ein intensives noch extensives Maß hat, zu den gemessenen Strafen zu finden glaubt; sie ist wirklich ein Uebergang, in so ferne sie dem Begriff von Strafe dadurch näher kommt, daß wir wissen, in was das Uebel besteht, welches dem Verbrecher zugefügt wird, wenn wir gleich nicht sagen können, auf wie lange es zuerkannt ist.

§. 4.

Diejenigen, die der Besserungstheorie huldigen, d. h. der Lehre, daß Besserung des Sträflings der Zweck der Strafe sei oder die wenigstens annehmen, daß seine Besserung eine Hauptrücksicht bei der Wahl der Strafübel und der Art ihrer Anwendung sei, nicht zu den ersten wohl aber zu den letztern zählt sich der Verfasser, können ohne Inkonsequenz eine lebenslängliche Freiheitsstrafe nicht in ihren Strafcodex aufnehmen. Man versteht in dieser Lehre unter „Besserung" nicht den transitorischen Akt des Besserwerdens, sondern das Gebessert sein, die Zurückführung des Sträflings zum moralischen Bewußtsein, die Wiederherstellung seines Gefühls für Recht und Unrecht, seiner Achtung vor dem erstern und vor den solches normirenden Gesetzen, endlich die moralische Kraft, Herr zu werden über Neigungen und Leidenschaften, welche ihn verleiten wollen, diese Achtung auf die Seite zu setzen. Diese moralische Kraft kann sich nicht entwickeln, sie kann nicht wirksam sein, so lange der äußere Zwang der Strafanstalt besteht; was während der Strafe in dem Verbrecher vorgeht, mag, wenn sie bei ihm anschlägt, Reue, mag guter Vorsatz und ein Zustand des allmähligen Besserwerdens sein, kann aber niemals bis zum Gebessert sein voranschreiten: noch weniger könnte von einer Probe der Besserung und von guten Früchten derselben die Rede sein. In einer Freiheitsstrafe auf Lebenszeit liegt also die Inkonsequenz, daß der Richter zu dem Verbrecher sagt: „ich belege dich mit dem Strafübel, damit du besser werdest, setze aber voraus, daß du niemals ganz gebessert werdest und setze dich darum außer Stand, jemals gebessert zu sein. Es liegt ferner die Inkonsequenz darin, daß der Richter zum voraus ausspricht, der Verbrecher, auch wenn er durch das Strafübel gebessert sei, dieses gleichwohl niemals von dem Strafübel befreit werden, das zu seiner Besserung bestimmt ist.

Gestehen wir darum offen: diejenigen, die an der lebenslänglichen Freiheitsstrafe festhalten, huldigen, wissentlich oder im dunkeln Gefühl, der Abschreckungstheorie, der schlimmsten und bodenlosesten von allen, die den Menschen der Zweck des Staatsverbandes ist, zu dessen Mittel macht, sie sagen: diese verderbten, mit dem Verbrechen vertrauten Menschen fürchten sich nicht vor einer Freiheitsstrafe die ihnen die Aussicht läßt, wieder herauszukommen; sie trösten sich während derselben mit dem Gedanken, das frühere wüste Leben nachher wieder fortzusetzen; nur der Gedanke, daß diesem für immer ein Ende gemacht werden könnte, hat für sie etwas abschreckendes. Hierin liegt leider viel Wahres und die Erfahrung, welche wir an den zu zeitweiser Zuchthausstrafe verurtheilten machen, bestätigt nur zu oft diese Behauptung, aber Abschreckung kann niemals Hauptzweck der Strafe sein und die bittern Erfahrungen, die gemacht werden, können Grund zu Verdoppelung unserer Aufmerksamkeit auf die Straf-

Digitized by Google

anstalten, aber nicht Motiv werden, an einer a priori unzulässigen Strafgattung festzuhalten.

Auch die Sicherung der Staatsgesellschaft vor den Angriffen von Grund aus verderbter und unverbesserlicher Menschen rechtfertigt keine Strafe auf Lebensdauer: sie wird höchstens eine fortwährende Aufsicht oder auch Detention begründen, wenn wirklich der Fall möglich sein sollte, daß selbst einer vieljährigen zweckmäßig angewendeten Strafe nicht gelinge, einen Menschen zu bessern: ich gestehe, daß ich dieß nicht glaube, daß ich überzeugt bin, daß in jedem Menschen noch ein Funke des sittlich guten übrig sei, er würde sonst aufhören ein Mensch zu sein, müßte auf der Stelle wahnsinnig werden, und daß es nur darauf ankomme, diesen Funken zu erkennen, zu hegen und anzufachen, um ihn zu bessern.

§. 5.

Der Ausweg, welchen die Motive der Gesetzgebungskommission andeuten, ist kein Ausweg. Begnadigung ist ein unbeschränktes, auf alle Strafen anwendbares, unveräußerliches Recht der Krone, es kann nicht bei einer einzelnen Strafgattung besonders berücksichtiget weeden, sondern es darf bei allen Strafenansätzen gleichmäßig gar nicht in Betracht kommen. Wollte man das Recht der Begnadigung als einen Grund betrachten, daß man unbekümmert allzu hohe oder unzulässige Strafen aussprechen könne, da ja in solchem Fall von dem Begnadigungsrecht Gebrauch gemacht werde, so wäre der Strafcodex bald fertig, aber die Verfasser könnten sich nicht rühmen, das Verhältniß zwischen Verbrechen und Strafe abgewogen und ihren Gesetzesbestimmungen zum Grunde gelegt zu haben. Begnadigung ist eine Ausnahme von dem Gesetz, ein Bruch desselben im guten Sinne des Wortes, kann darum in dem Gesetz nicht berücksichtiget noch weniger, als eine Sache freier Willensäußerung des Fürsten, in demselben in Anspruch genommen werden. Sie ist uns ein Trost bei dem Gedanken, daß alle menschliche Weisheit, auch die der Gesetzgeber und der Richter, nur Stückwerk sei, und daß von diesem Stückwerk unser Leben, unsere Freiheit, unsere Ehre abhängen könne, aber weiter soll sie auch nichts sein.

Die Kommission der zweiten Kammer scheint diese Ansicht gehabt zu haben in Beziehung auf das Begnadigungsrecht des Regenten, aber die Bestimmung, welche sie substituirt hat:

„hat der Verurtheilte in Fällen wo auf lebenslängliche oder auf eine mehr als 20jährige Zuchthausstrafe erkannt ist, 20 Jahre erstanden, so kann das Gericht, je nach dem bisherigen Betragen desselben in der Strafanstalt, alsbald oder nach dem Ablauf einer weitern Frist seine Freilassung verfügen,"

enthält im Grunde auch weiter nichts, als ein auf höchst abnorme Weise dem Gericht beigelegtes Begnadigungsrecht. Wenn es sich darum handelt, sich über die Entlassung eines Sträflings auszusprechen, kann doch das Gericht nichts anderes thun, als den Zuchthausverwalter, Geistlichen und Hausarzt über das Benehmen des Sträflings zu vernehmen und darnach zu ermessen, ob er entlaßbar sei, oder nicht, und eben das wird es jetzt thun, wenn es die Begnadigung bei dem Regenten in Antrag bringen will. Zu dem oben gerügten Mißstand, daß eine Begnadigung zum voraus im Gesetz stipulirt werde, kommt also bei dieser Fassung noch der weitere, daß eine Stelle, die unter dem Gesetz stehet, einen Akt der Gnade ausüben soll, der außer dem Gesetz beruhend, eine Sache der Willkühr ist.

§. 6.

Diese Betrachtungen führen mich zu der Ueberzeugung, daß lebenslängliche Freiheitsstrafen weder dem wahren Begriff noch dem Zweck der Strafe entsprechen und in unserm Strafcodex keine Stelle finden sollten.

Rettig.

II.

Bemerkungen über einzelne Paragraphen der Prozeßordnung. Von St.

§. 5.

Wenn dieser Paragraph bestimmt, daß nur dann der Richter in bürgerlichen Rechtssachen von Amtswegen verfahren dürfe, wenn ein Gesetz dieses vorschreibt, so ist die Frage sehr natürlich:

Welches sind diese Fälle?

Außer denjenigen Fällen, deren die Prozeßordnung in §. 54, 91, 109, 248, 251, 283, 289, 338, 406, 490, 496, 498, 540, 554, 559, 629, 634, 791, 817 gedenkt, sind es besonders zwei, deren ich hier erwähnen will:

I. Fall. Es befiehlt §. 852 dem Gantrichter, alle derartige Verhandlungen und Entscheidungen auf alle thunliche Weise zu beschleunigen, und hat man vor Einführung der Prozeßordnung nicht daran gezweifelt, daß der Richter ex officio seine Gantakten sich reproduciren, und ohne besonderen Antrag der Betheiligten die Entscheidungen zu erlassen hatte.

So zweckmäßig dieses ist, und obgleich die §§. 825 und 826 hinsichtlich der Administration der Gantmasse dem Richter ein Einschreiten von Amtswegen gestatten, so dürfte nach den vorliegenden Bestimmungen der Prozeß-

Digitized by Google

ordnung in den reinen Rechtsverhandlungen nicht gleiche Befugniß dem Gantrichter eingeräumt sein, weil

A. §. 5, im allgemeinen ein solches Eingreifen in die Verhandlungsmaxime untersagt, dieses also stets die Vermuthung gegen sich hat;

B. weil nach §. 852 der Prozeßordnung bei einer Gant die Formen des abgekürzten Verfahrens anzuwenden sind und dort in §. 674 der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Vorschriften des gewöhnlichen Verfahrens auch hier gelten, so lange keine Abweichungen angegeben sind;

C. der §. 884 ausdrücklich bestimmt, daß bei einem, in der Liquidationstagfahrt angemeldeten und wiedersprochenen Forderungsposten, wie bei jeder anderen Klage verfahren werden soll; weil endlich

D. nach §. 857 der in jeder Gant unerläßliche Präclusivbescheid einen deßfallsigen Antrag der Gläubiger voraussetzt. — Dagegen spricht die Zweckmäßigkeit für eine solche gesetzliche Bestimmung, daß der Gantrichter auch in einem reinen Rechtsstreite zwischen einem Gläubiger und der Gantmasse oder einem einzelnen Gantmassengläubiger die Befugniß haben soll, von Amtswegen einzuschreiten, weil in Ganten von geringerem Umfange nach §. 939 der Prozeßordnung die Aufstellung eines Gantanwaltes unterbleibt, weil der Gemeinschuldner nach eröffneter Gant in der Regel sich um sein Vermögen sehr wenig mehr bekümmert, und weil die Gläubiger in der Voraussicht eines Verlustes für andere so ungern sorgen, wie für sich selbst.

Es spricht ferner hiefür die Anordnung des §. 864 der Prozeßordnung, nach welcher der Gantrichter von Amtswegen den Ausschluß gegen den säumigen Producenten erkennen kann.

Doch ist diese Befugniß die Ausnahme von der Regel, und dürfte es darum zweckmäßig sein, bei einer Revision der Prozeßordnung die Bestimmung einfließen zu lassen, daß der Richter ohne Anrufen der Gegenparthie nach abgelaufenen Fristen von Amtswegen so vorzufahren habe, als wenn die Interessenten die sachgemäße Anträge gestellt hätten.

Man wird auch mit Grund nicht behaupten können, daß diese Befugniß dem Richter schon nach dem zweiten Absatze des §. 852 zusteht, indem er dort angewiesen ist, die Verhandlungen und Erledigungen der Gantsachen auf alle „thunliche" Weise zu beschleunigen, weil hier unter dem Worte thunlich nicht mehr gesagt sein kann, als „sobald als möglich und auf gesetzliche Weise", und ist damit keine weitere Befugniß dem Richter ertheilt, welche sich als Ausnahme von der allgemeinen, im §. 5 der Prozeßordnung gegebenen Regel derselben anschlösse. —

II. Fall. Auf den Landrechtsatz 837 hin werden bei entstehenden Streitigkeiten in Erbtheilungen von den Theilungskommissären oft Verhandlungen hierüber gepflogen, diese dem Amte vorgelegt und darauf je nach Lage der Sache Zwischenbescheide oder Endurtheile erlassen, ohne daß einer der Interessenten bei Amt den geringsten Antrag gestellt hätte.

Diese Praxis dürfte schon an sich dem Landrechtsatz 837 nicht angemessen sein, weil er ausdrücklich bestimmt, daß der Staatsschreiber die Streitenden vor den Theilungsrichter verweist.

Hierunter kann doch nicht wohl etwas anderes gemeint sein, als daß der Staatsschreiber die Streitenden darüber belehren soll, daß sie ihre Sache nun bei dem Theilungsrichter auszutragen hätten. Wie dort die Sache zu verhandlen sei, bestimmt unser Landrechtsatz nicht; er verweist vielmehr auf die Gerichtsordnung und ist somit nichts dafür gesagt, daß in unserem Falle keine förmliche Verhandlungen vor dem Civilrichter zu pflegen seien.

Dieser Praxis steht auch die Bestimmung des Organisationsedikts von 1809, Beilage lit. C. §. 20 c. nicht zur Seite, weil die hier den Aemtern ertheilte Befugniß auf Anliegen und Beschwerden der Interessenten Bescheide zu ertheilen, nur auf solche Gegenstände sich bezieht, von welchen gerade in diesem Abschnitte des Gesetzes gehandelt wird. Es ist nämlich hier von der willkührlichen Gerichtsbarkeit die Rede, bei welchen Geschäften es eine Menge von Anständen und Beschwerden geben kann, welche nicht in den Formen eines bürgerlichen Rechtsstreits zu erledigen sind.

Noch ist besonders darauf aufmerksam zu machen, daß unser Landrechtsatz auf den Code de procédure hinweist, welcher im zweiten Theil Buch 2, Titel 7 ein ganz eigenes Verfahren in Theilungs- und öffentlichen Versteigerungsangelegenheiten vorschreibt, welches nicht nur von der bisherigen Behandlung solcher Fälle in Deutschland ganz abweicht, sondern auch in unserer neuen Prozeßordnung nicht aufgenommen worden ist.

Auch bemerkt Brauer Bd. 2, zu Landrechtsatz 837, daß dieses französische Verfahren, von dem bei uns üblichen abweiche, und durch die neue Gerichtsordnung das Theilungsverfahren geordnet werden soll.

Die Prozeßordnung schweigt über die Formen, in welchen derartige Geschäfte erlediget werden sollen, und wird es somit dabei sein Bewenden zu behalten haben, daß der Theilungskommissär bei entstehendem Streite die Interessenten verständigt, und an den Richter verweist, dabei sein Geschäft abbricht; es aber den Parthien überläßt, durch förmliche Klageerhebung ihre Rechte zu wahren.

§. 7.

Nach Einführung der neuen Prozeßordnung wurde die

Digitized by Google

Frage aufgeworfen, ob den Bürgermeistern in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten noch eine Entscheidungsbefugniß zustehe? Annalen I. Nro. 21.

Daß dieselbe bis zu 5 fl. — respective 15 fl. — noch richterliche Befugniß haben, möchte nach dem, was in den Jahrbüchern des Oberhofgerichts Band VII. S. 246. Annal. I. 156. und 307. hierüber gesagt ist, wohl keinem Zweifel unterliegen.

§. 14.

Zu den besonderen Gerichtsständen hätte auch noch gezählt werden sollen:

1) der der Schiedsrichter, deren Richteramt bei Verpfründungsverträgen Landrechtssatz 1983 u. und nach Handelsrecht 51. bei Handelsgesellschaften nicht erst durch die Uebereinkunft der Parthien hervorgerufen wird, sondern durch Gesetze geboten ist. —

2) Bei der Bestimmung über den Gerichtsstand der gelegenen Sache wird gesagt, daß dort alle dingliche und Besitzklagen, welche Liegenschaften zum Gegenstand haben, Klagen auf Theilung unbeweglicher Güter, Grenzscheidungsklagen, so wie Klagen auf Grund- und Erbdienstbarkeiten, oder auf Befreiung von solchen, angebracht werden könnten.

Es wäre vielleicht gut gewesen, entweder gar keine einzelne Realklagen hier zu benennen, oder sie alle aufzuführen, indem sonst leicht Jemand auf den Gedanken kommen könnte, einzelne Arten derselben, besonders aber die Pfandklagen, und die Klagen auf Steich der Unterpfänder gehörten nicht vor den Gerichtsstand der gelegenen Sache. S. den L. R. S. 2159.

3) Ebenso gehört hierher die Competenz des Bürgermeisters in Dienstbotenstreitigkeiten.

Zwar werden im §. 673. No. 5. der Prozeßordnung die Streitigkeiten zwischen Dienstboten und Herrn unter diejenigen gezählt, welche im abgekürzten Verfahren zu erledigen sein; — dagegen bestimmt aber die Dienstbotenordnung vom 15. April 1809. Regierungsblatt 1809. S. 198. in §. 69, daß alle derartige Streitigkeiten, ohne auf den Werth des Streitgegenstandes zu sehen, von den Ortsvorgesetzten sal. rec. an das Amt entschieden werden sollten. Diese Dienstbotenordnung gilt heute noch, und dürfte es schwer sein, ohne eine factische theilweise Aufhebung derselben die aus diesen Rechtsverhältnissen entspringenden Streitigkeiten vor die amtliche Competenz zu ziehen, weil das beiläufige Anführen der Dienstbotenstreitigkeiten in No. 5. des §. 673 der Prozeßordnung keine Aufhebung eines Specialgesetzes begründen kann. Die Zweckmäßigkeit spricht obnehin für die Beibehaltung der Competenz des Bürgermeisters in Dienstbotensachen.

Endlich gehört noch hierher:

4) Der Gerichtsstand für Wildschadensklagen, welche bei demjenigen Amte immer angestellt werden müssen, in dessen Bezirk der Schaden angerichtet worden ist, ohne daß auf die Größe des Schadens, oder den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten Rücksicht genommen werden könnte. *)

§ 22.

Es dürfte nach der Zusammenstellung des §. 21. mit diesem §. und in Betracht, daß jedes Privilegium in die engsten Grenzen zu verweisen ist, darüber kein Zweifel sein, daß ein Beschädiger vor dem forum quasi delicti sich einlassen muß, wenn dieses außer dem Sprengel des ihm zustehenden befreiten Gerichtsstandes liegt. —

Dagegen fragt es sich, ob diese Verpflichtung auch dann vorhanden ist, wenn das Gericht des Ortes, wo die unerlaubte Handlung begangen wurde, in dem Gerichtssprengel des befreiten Gerichtsstandes liegt?

Die Prozeßordnung spricht sich hierüber in dem Gegenwärtigen nicht deutlich aus, denn 1) sagt sie, daß „auch“ bei dem Gericht das forum quasi delicti begründet wäre, vor welchem ein Beschädiger einen befreiten Gerichtsstand hätte, und in dessen Bezirk der Ort, wo die unerlaubte Handlung begangen wurde, gelegen wäre.

Da nun „auch“ keine Trennung oder einen Ausschluß, sondern eine Zusammenstellung oder eine Verbindung bezeichnet, so wäre anzunehmen, daß die Prozeßordnung in dem angegebenen Falle dem Beschädigten zwei fora quasi delicti hätte eröffnen wollen. **) Dieß ist aber nicht wahrscheinlich, weil jede Klage aus unerlaubter Handlung, als aus persönlichee Verpflichtung entspringend, schon darum vor das forum des befreiten Gerichtsstands gehört, und weil denn dieser §. ganz hätte wegbleiben können, indem neben dem persönlich befreiten Gerichtsstande nach §. 21. aus unerlaubten Handlungen entspringende schon nach §. 39 n. 2. der Prozeßordnung als begründet erscheint.

*) S. das Wildschadensgesetz v. 31. Okt. 1833. §. 21. D. Red.

**) Wenn es hieße: „so ist auch bei diesem letztern der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung begründet“ —, so wäre dieser Gerichtsstand allerdings bei zwei Gerichten, bei jenem des Orts der begangenen That (§. 21.) und daneben auch bei dem befreiten Gerichtsstand des Beklagten, begründet. Das „auch“ steht aber nicht vor den Worten: „bei diesem Letztern,“ d. h. „bei dem befreiten Gerichtsstand des Beklagten,“ sondern vor dem „Gerichtsstand der unerlaubten Handlung;“ daher ist diese letztere Eigenschaft zugleich dem befreiten Gerichtsstand beigelegt, und es heißt anders ausgedrückt: der befreite Gerichtsstand gilt (in dem unterstellten Falle) auch als Gerichtsstand der unerlaubten Handlung. D. Red.

Digitized by Google

Dagegen lassen aber die Gründe, aus welchen die befreiten Gerichtsstände hervorgehen, und welche gewöhnlich in den besonderen persönlichen Verhältnissen der Privilegirten liegen, sich besonders da als anwendbar annehmen, wo ein Privilegirter in dem Gerichtssprengel seines befreiten Gerichtsstandes eine unerlaubte Handlung sich hat zu schulden kommen lassen, wegen welcher er belangt werden soll.

Das Ehrenrecht des befreiten Gerichtsstandes ist ein Vorrecht der Person, und diese Person und ihre Ehre ist hauptsächlich bei einer Klage aus unerlaubter Handlung betheiligt, weßhalb wohl anzunehmen sein dürfte, daß §. 22. der Prozeßordnung sagen wollte — daß derjenige, welcher einen befreiten Gerichtsstand genießt, auch wegen unerlaubten Handlungen nur vor diesem zu belangen ist, und nicht vor dem unmittelbaren Gerichte des Orts der begangenen That, wenn dieser Ort im Gerichtssprengel des befreiten Gerichtsstandes liegt; oder mit anderen Worten: In diesem Falle ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht vorhanden.

Ist diese Ansicht die richtige, so bedarf dieser §. wohl einer anderen Fassung.

§. 27.

Bei verschiedenen Abschnitten der Prozeßordnung findet man eine so große Vollständigkeit, daß es wohl auch nicht ganz unpassend gewesen wäre, hier zu erwähnen, wer im Großherzogthum einen befreiten Gerichtsstand genießt.

Nach den jetzt geltenden Gesetzen dürfte es wohl Niemanden zustehen, als

1) dem Großherzog und der Großherzoglichen Familie,
2) den Standesherren,
3) Lehnssachen,
4) Standes- und Grundherrlichkeitssachen,
5) Stammgutsstreitigkeiten,
6) dem weltlichen Fiscus,
7) dem Kirchenfiscus,
8) anderen allgemeinen Landesanstalten,
9) der Hofdienerschaft,
10) Ministern, Staatsräthen, geheimen Cabinetsräthen, Ministerial- und Departementaldirektoren, den Vorstehern des Oberhofgerichts und Hofgerichts-Regierungsdirektoren nach dem Gesetz vom 21. März 1812. Regierungsbl. 1812. No. 14.
11) den Grundherren und ihren Familien nach Gesetz vom 28. Dezember 1815. Regierungsbl. 1816. No. 3.
12) den Militairpersonen und
13) den Studenten.

§. 32.

Wo am Schlusse dieses §. die Ausnahmen gegen die Statthaftigkeit der Prorogation aufgeführt worden sind, hätte auch noch des, im §. 46 erwähnten Falles der Prorogation zweier Ausländer von einem ausländischen Gerichte auf ein inländisches ebenso der Fälle, wo schiedsrichterliche Entscheidung vorgeschrieben ist, gedacht werden sollen, wenn man nicht vorziehen wollte, im Allgemeinen am Schlusse die Ausnahme von der Regel dahin zu bestimmen: wenn das Gericht die Prorogation nicht verweigert, und kein besonderes Gesetz die Rechtssache an ein bestimmtes Gericht verweist.

§. 50.

Solche Staatsverträge bestanden zwischen dem Großherzogthum Baden und

1) dem Großherzogthum Würzburg, Regierungsbl. 1810. No. 34.,
2) dem Großherzogthum Frankfurt, Regierungsbl. 1811. No. 9.,
3) dem Königreich Würtemberg, Regierungsbl. 1825. No. 32.*)

Hinsichtlich der ersten beiden Staatsverträge wurde neuerdings sowohl von badischen als von baierischen Gerichten, soweit letztere Würzburg- und Frankfurtischen Landestheile in sich fassen, bezweifelt, ob diese Verträge nach Auflösung dieser beiden Staaten noch wirksam seien.

Es wird aber dieses Fortbestehen der Staatsverträge wohl mit Recht behauptet werden können, weil

1) die allgemeine und der Vernunft gemäße Bestimmung, daß der Rechtsnachfolger die Verpflichtungen seines Rechtsvorgängers erfüllen muß, wohl auch im Staatsrecht — wenigstens als Grundsatz — nie bestritten worden ist und bestritten wird.

2) Nach diesem Grundsatze spricht sich auch in besonderer Beziehung auf Baiern Eucümus für die fortdauernde Wirkung dieser Verträge aus.

3) Die Besitzergreifungspatente für das Großherzogthum Würzburg und Fürstenthum Aschaffenburg, s. München den 19. Juni 1814, befehlen ausdrücklich, daß sämmtliche Beamten nach den bestehenden Vorschriften ihre Amtsverrichtungen fortversehen sollen.

4) Da nun keine neuere Uebereinkunft jene Jurisdictionsverträge aufhebt, da ferner eine Königl. Baierische Verordnung vom 7. Oktober 1807 allgemeine Bestimmungen über Vollzug fremder Urtheile für den Fall giebt, wo keine specielle Verträge vorhanden sind, so müssen die erwähnten Staatsverträge heute wohl noch beobachtet werden.

§. 53.

Eine interessante Abhandlung hierüber, insbesondere aber über die Frage:

*) Ferner gehört hierher der Staatsvertrag mit Sigmaringen v. 29. Sept. 1827. Regierungsbl. No. 21. D. Red.

Digitized by Google

Wann gehört eine Ueberscheeitung der Dienstbefugnisse eines Staatsdieners vor die vorgesetzte Dienstbehörde oder vor den Civilrichter?
enthält No. 54. des 1. Bandes der Annalen.

§. 54.

Daß der Richter von Amtswegen seine Competenz zu prüfen und darüber zu erkennen hat, ist nicht mit düeren Worten gesagt, ergiebt sich aber unzweifelhaft aus §. 44. 252. und 337. der Prozeßordnung.

§. 56 und 59.

Die Feage: ob ein Intervenient die Unfähigkeits- oder Befangenheitsgründe gegen den Richter, voe welchem bisher der Rechtsstreit verhandelt wuede, geltend machen könne? wird in No. 46. Ann. I. S. 287. erörtert, und stimme ich in Bezug auf §. 101. hinsichtlich der Hauptintervention jenee Ansicht ganz bei.

Hinsichtlich der Nebenintervention bin ich aber anderer Meinung, weil der Nebenintervenient, obgleich er, auf Seite des Beklagten stehend, nicht veemtheilt werden kann, dennoch mit Paethie wird, und die Unbefangenheit drs Richters auch hier möglichst sicher grstellt werden muß, auch die Verhandlungen dieses Rechtsstreites immer von sehr wesentlichem Einflusse auf den zweiten Rechtsstreit sind, bei welchem der jetzige Intervenient Hauptparthie werden wird. —

Der behauptete Widerspruch zwischen dem §. 93. und 105. der Prozeßordnung ist auch nur scheinbar, denn die allerdings richtig angrführten Voeaussetzungen drr eigentlichen Streitgrnossenschaft, nämlich Gemeinschaft des Rechts oder der Vrrbindlichkeit, oder des Rechtsgeschäftes — sowie die Folgerung daraus, schließen die gesetzliche Bestimmung nicht aus, daß das Interesse eines Menschen an dem Ausgange eines unter dritten obschwebenden Prozesses ebenfalls einen Grund zue Existenz einer solchen Genossrnschaft gebrn soll, und bildet hiee der Proceß selbst das Gemeinschaftsgut.

Aus dieser Verschiedenheit des Grundes entwickeln sich bei jeder Art einer solchen Genossenschaft natüelich auch verschiedene Folgerungen; allein die Hauptchaeakterzüge der Genossenschaft, welche die §. 93. 98. und 99. enthalten, sind dem Verhältnisse der Nebenintervention so angrmessen, daß hier nicht leicht ein Widerspruch entdeckt weedrn kann.

Auf L. 28. Dig. comm. div. X. 3. und auf Landrechtssatz 1859. n. 4 und 1861. kann man sich nicht brrufen, weil unsee Prozeßgesetz §. 99. ausdeücklich bestimmt, daß jeder Strritgenosse seine ihm besondrrs zu Grbot stehenden Angeiffs- und Vertheidigungsmittel für sich benutzen könne.

Eben so wenig läßt sich aus §. 106. der Prozeßordnung die Behauptung rechtfertigen, daß der Nebenintervenient nicht befugt sei, den Richter, welcher bisher die Hauptsache verhandelt hat, aus Geünden der Unfähigkeit oder Befangenheit abzulehnen, weil die Lage eines Rechtsstreites nichts andrrs brzeichnet, als die Instanz, in welcher er verhandelt wird, und drn Standpunkt, bis zu welchem die Verhandlungen bisher fortgeführt worden sind. Ob aber der I. Instanzeichter A. oder B. die weitere Peozeßlritung und Entscheidung eines Prozesses fortan übernimmt, das ändert an der Lage desselben nichts.

§. 59.

Ueber besorgte Befangenheit des Richters wegen Verwandschaft mit dem Anwalte siehe Ann. I. 141. 312.

Gegen die in drr S. 312. niedeegelegten Ansicht der Frrburger Anwälte kann man dir Brmerkung zu machen nicht unterlassen, daß man nicht die Unredlichkeit und Schwäche präsumirrn sollte, und daß auf einen unredlichen oder chaeakterlosen Richter von den Paethien auch ohne Veewandtschaft eingewirkt werdrn kann, während der redliche und selbstständige Richtrr sich durch seinen Vetter Advocat nicht wird verleiten lassen.

§. 69.

Die Ablrhnung eines Richters wegen Unzuständigkeit oder Befangenheit findet nur in drrjenigrn Instanz statt, drren Richter abgelehnt werden soll. §. 1221. No. 1. der Peozeßordnung. Ann. I. S. 20.

§. 87.

Es wurde in Ann. III. S. 194. die Feage aufgeworfen, ob auch der Inteevenirnt der Litisdenunciat und Adcitat dem gemeinschaftlichen Grgner gegenüber sich zur Sache legitimiren müsse?

Diese Frage wurde bejahend beantwortet, womit auch der gem. deutsche Prozeß übereinstimmt. cf.

Claproth Bürgerl. Proz. I. Th. II. Abth. §. 459. No. 3. und 8. mit Hinweisung auf §. 457., sodann §. 467. in Bezug auf den Adcitaten.

§. 93.

Die Bestimmung des §. 93., daß das Verhältniß der Streitgenossen unter sich nach den Rechtsgrundsätzen über Gesellschaften beuetheilt weeden sollte, stimmt nicht mit den Motiven zu diesrr Stelle überein, weil hiernach in dem §. 93. rigentlich nichts gesagt werden wollte, als daß dieses Verhältniß ganz so beurtheilt werden sollr, wie der gemeine deutsche Civilprozeß diese Materie behandelt, und weil untee dem Ausdrucke „nach den Rechtsgrundsätzen, die davon geltrn" nichts anders sich denken kann, als eine Hinweisung auf die Bestimmungen des Landrechts übee

Digitized by Google

das Gesellschaftsverhältniß. Es wäre deßwegen zweckmäßig, diesen Zwischensatz, der sich ohnehin auch von selbst versteht, künftig wegzulassen.

Wenn nun auch namentlich Gensler dieses Verhältniß eine Societät nennt, es seinem Wesen nach auch eine Gemeinschaft ist, so muß es doch immer nach seiner besondeeen Natur bemessen werden.

Es ist demnach richtig, wenn in den Annalen I. S. 143 und 144 bemerkt wird, daß nicht alle Regeln des Gesellschaftsverhältnisses auf die Streitgenossenschaft anwenddar sind, und daß die Natur deß, der Klage zu Grund liegenden Rechtsverhältnisses immer die Hauptquelle der Beuetheilung der Streitgenossenschaft bilden müsse. Allein der Landeechtsatz 1840 kann in unseeem Falle nichts entscheiden, weil dieser von allgemeinen Gesellschaften handelt, während die Streitgenossenschaft nur nach den Regeln der besonderen Gesellschaften beurtheilt werden kann.

§. 96.

Hier hätte wohl erwähnt werden dürfen, daß diese Regel dann nicht Platz greift, wenn ein Sammtrecht oder eine Sammtverbindlichkeit eine theilbaee Sache zum Rechtsgegenstand hat, weil jenes Veetragsverhältniß nach Landrechtsatz 1219 keine Untheilbarkeit wirkt, also der §. 96 der **Prozeßordnung mit den Landeechtsätzen 1281, 1284 allerdings im Widerspruch steht. — †)**

†) Die Sätze 1281 und 1284 handeln von auffergerichtlichen Rechtsgeschäften zwischen dem Gläubiger und Einem der Sammtschuldner, wodurch auch die übrigen Sammtschuldner von ihrer Verbindlichkeit befreit werden. Ein solcher Voegang ist dann aber kein (im §. 86 erwähntes) eigenthümliches Vertheidigungsmittel desjenigen, der gehandelt hat, sondern ein gemeinschaftliches, auf das sich jeder Einzelne berufen kann. D. Red.

§ 97.

Das hier einem wegen eines untheilbaren Gegenstandes belangten Streitgenossen eingeräumte Recht, von dem Kläger in dem Vollstreckungsverfahren Caution wegen der Antheile der übrigen Steeitgenossen zu verlangen, widerspricht den landrechtlichen Bestimmungen über untheilbare Veebindlichkeiten, und ganz der Natur dee Sache, weil die Prozeßoednung dem Gläubiger hierduech die ganze Rechtswohlthat entzieht, die ihm das Privatrecht für sein untheilbares Recht einräumt. — Landrechtsatz 1222 und folgende. ††)

(Schluß folgt.)

††) Dies ist ein Mißverständniß. Der Nachsatz des §. 97 bezieht sich nicht auf den Fall, wo mehrere Mitschuldner einer untheilbaren Verbindlichkeit vorhanden sind. In diesem Falle kann nach Satz 1222 jeder derselben für das Ganze belangt werden, der Gläubiger ist also nicht schuldig, ihm für das Betreffniß der andern Schuldner eine Sicherheit zu stellen. Der Nachsatz des §. 97 hat vielmehr die Fälle im Auge, wo mehrere Berechtigte an einem untheilbaren Gegenstande vorhanden sind, und nur Einer derselben die Klage erhoben hat. Hier soll der Beklagte nicht fordern können, daß die andern Berechtigten als Streitgenossen auftreten. Wenn er aber den untheilbaren Gegenstand, z. B. eine Uhr, woran ihrer drei jeder ⅓ des Eigenthums hat, dem einen Kläger ausfolgen soll, so kann er fordern, daß dieser für die ⅔ der nicht erschienenen Miteigenthümer, die ihre Antheile auch noch fordern könnten, Sicherheit stelle. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist so eben erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Proceß-Ordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte

erläutert

von

Wilhelm Thilo,

großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.

Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Karlsruhe, 3. November 1841.

Ch. Th Gross.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 30. October 1841.

I.

Bemerkungen über einzelne Paragraphen der Prozeßordnung. Von St.

(Schluß.)

§. 98.

Bei der hiernach den Streitgenossen zu machenden Auflage zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Anwaltes hätte zugleich der gesetzliche Rechtsnachtheil für denjenigen Streitgenossen beigefügt werden sollen, der ihn bei unterlassener Bestellung eines gemeinschaftlichen Anwaltes trifft.

Nach §. 95. der Prozeßordnung und Landrechtssatz 1859. sollte man glauben, es sei die Bestellung eines gemeinschaftlich Bevollmächtigten nicht nothwendig, weil jeder Streitgenosse gesetzlich als bevollmächtiget zu betrachten wäre.

Allein es wird specielle Vollmacht selbst für einen der Streitgenossen zur Fortführung eines Prozesses verlangt werden müssen *), weil es gegen die natürliche Freiheit wäre, Jemanden zur Fortführung eines Prozesses zu zwingen, und weil im §. 96. der Prozeßordnung diese Befugniß namentlich anerkannt ist.

Aus dem Grunde kann auch gegen den Streitgenossen, welcher zur Bestellung eines gemeinschaftlich Bevollmächtigten sich nicht herbeiläßt, der Rechtsnachtheil nicht angedroht werden, daß er so angesehen werden soll, als genehmige er stillschweigend die Handlungen seiner Genossen, sondern es muß gegen ihn immer derjenige Rechtsnachtheil angedroht werden, der ihn bei Unterlassung einer Handlung als selbstständige Parthie treffen würde.

§. 99.

Soll dieser „gesonderte Vortrag" eine getrennte Erklärung des gemeinschaftlichen Anwaltes bezeichnen, oder dadurch dem einen Streitgenossen die Erlaubniß gegeben sein, einen besonderen Anwalt zu bestellen?

Vermuthlich soll das Erste in diesem §. gesagt sein, aber es wäre vielleicht räthlich, auszudrücken, daß dieser Streitgenosse sich hierzu eines besondern Anwaltes bedienen dürfe, weil seine besonderen Vertheidigungsmittel oft in Collision mit dem Interesse seiner Genossen gerathen können. *)

§. 100.

Die in den Ann. II. S. 69. und III. S. 19. abgehandelte Frage: Kann in 2. Instanz eine Hauptintervention anhängig gemacht werden oder nicht? scheint mir durch die Entscheidungen des dort speciell vorliegenden Falles von Seiten des Großherzogl. Hofgerichts am Unterrhein und Großherzogl. Oberhofgerichts nicht richtig beantwortet zu sein, weil

1) der Hauptgrund für die Zurückweisung der Hauptintervention an den Richter 1. Instanz, Niemanden eine Instanz zu entziehen, hier nicht stattfindet. Dem Hauptintervenienten steht es nach Landrechtssatz 1351. frei, die jetzt streitenden Theile ihren Prozeß ganz ausfechten zu lassen, und dann sein Recht auf den Streitgegenstand geltend zu machen, ohne daß er eine Verschlimmerung des Materiellen seiner Berechtigung zu befürchten hätte. Nur hinsichtlich der Geltendmachung seines Rechtes kann die Unterlassung der Hauptintervention mit Nachtheilen verbunden sein. Ist ihm also viel daran gelegen, keine Instanz zu verlieren, so wird er vielleicht lieber die Unbequemlichkeit eines später nothwendig werdenden besonderen Prozesses auf sich nehmen, von welchem es doch immer noch unentschieden ist, ob sie ihn bei Entscheidung des gegenwärtig obschwebenden Hauptprozesses treffe; denn wird hier für das gegenwärtige Rechtsverhältniß erkannt,

*) Nach §. 135. No. 3. ist ein Streitgenosse nur für das erste Auftreten legitimirt, Namens der andern Streitgenossen zu handeln. D. Red.

*) Das „jedoch" deutet an, daß der §. 99. nur eine Modification der im vorhergehenden §. 98. enthaltenen Vorschrift der Aufstellung eines gemeinschaftlichen Anwalts enthalte. Das Recht des Einzelnen, zum Vortrag seiner besonderen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel einen besondern Anwalt aufzustellen, kann daher lediglich keinem Zweifel unterliegen. D. Red.

Digitized by Google

so können dem Hauptintervenienten keine neue Nachtheile aus gegenwärtigem Prozesse erwachsen. —

2) Daß die Hauptintervention nicht nur nach dem gemeinen deutschen Prozeßrecht zu den Nebensachen gehört, sondern auch nach unserer Prozeßordnung hierzu gerechnet werden muß, unterliegt wohl keinem Zweifel, wenn man nicht übersieht, daß §. 100. der Prozeßordnung den Intervenienten den beiden streitenden Hauptparteien gegenüber stellt, auch von der Hauptsache und von „Einmischen" spricht.

Ist aber die Hauptintervention eine Nebensache des bestehenden Rechtsstreites, so kann nach §. 673. No. 1. nicht beanstandet werden, daß aus dieser Bestimmung die Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, die Entscheidung der Hauptsache durch die Nebensache möglichst wenig aufzuhalten.

Diesem Gesetzesgrund widerspräche aber geradezu die Bestimmung, daß die Hauptintervention bei einem Rechtsstreite, der in 2. oder 3. Instanz schon vorliegt, vor dem Richter 1. Instanz verhandelt werden müsse. Eine solche Ausnahme von der Regel läßt sich um so weniger rechtfertigen, als die Interessen der beiden Hauptparthien doch wohl das des Hauptintervenienten aufwiegen sollten, dem es noch sogar unbenommen ist, seine Rechte selbstständig zu verfolgen. —

3) Hiermit stimmt auch die Bestimmung überein, daß die Hauptintervention zu jeder Zeit und in jeder Lage des Rechtsstreites zulässig sei, denn die Nebensache gehört immer zur Hauptsache; daß aber unter dem Ausdrucke „in jeder Lage" nichts anders als in jeder Instanz heißen solle, geht auch noch aus §. 107. der Prozeßordnung hervor, wo derselbe Ausdruck mit dem Zusatze gebraucht ist, „selbst noch in der Instanz der Rechtsmittel."

4) Berücksichtiget man aber, daß nach §. 117. der Prozeßordnung bei der Streitverkündung gleichfalls ausgesprochen ist, daß selbst in den oberen Instanzen sie noch zulässig sei, so wird wohl bei der Hauptintervention dasselbe eingeräumt werden können.

5) Die Vorschrift des §. 101., daß die Hauptintervention als eine eigentliche Klage zu betrachten und als solche einzurichten sei, läßt nicht darauf schließen, in welcher Instanz sie angebracht werden müsse, weil ja gar oft in Obergerichten auch Klagen angestellt werden können, wie beim befreiten Gerichtsstande und der Prorogation nach §. 33. der Prozeßordnung, und weil dieser §. nur vorschreibt, wie sie angestellt und wie darüber verhandelt werden soll, keineswegs aber darüber sich ausspricht, daß die Hauptintervention nur vor dem Richter 1. Instanz anhängig gemacht werden könnte.

6) Eine solche Zurückweisung des Hauptintervenienten in die 1. Instanz läßt sich auch mit §. 1165. der Prozeßordnung nicht vereinigen, weil hiernach der judex a quo an seinem einmal erlassenen Erkenntnisse nichts mehr ändern darf, von welcher allgemeinen Regel nur besondere Ausnahmen angegeben sind. Unter diesen ist der Fall nicht aufgeführt, daß eine Hauptintervention den Richter 1. Instanz veranlassen könnte, sein eigenes Erkenntniß abzuändern, was doch eben so oft der Fall sein würde, als der 1. Instanzrichter auf vorliegende Hauptintervention über die Verhandlungen erster Instanz anders abgeurtheilt haben würde, als er ohne die Einmischung des Dritten gethan hat.

§. 114.

Es wird hier erwähnt, daß es Fälle gäbe, in welchen eine Parthie nach den Gesetzen einem Dritten den Streit hätte verkünden sollen.

In der Prozeßordnung sind diese Fälle der Verbindlichkeit zur Streitverkündung nicht aufgeführt, weßhalb man sie im Landrechte zu suchen hat.

Eine Zusammenstellung derselben wurde versucht in Anm. II. S. 141., allein in Anm. I. S. 114. wird ausgeführt, daß solche Verpflichtung zur Streitverkündung im Landrecht nirgends ausgesprochen worden ist, und findet sich namentlich eine solche nicht in den Sätzen 614., 1640., 1727. und 2031., weil

> Landrechtssatz 614. nicht davon handelt, daß eine Parthie Gewährleistung oder Schadloshaltung von einem Dritten fordern zu können glaubt, und doch ist dieses der einzige Rechtsgrund einer Streitverkündung nach §. 112. der Prozeßordnung.*)

Es handelt diese Gesetzesstelle vielmehr nur von Realrechten des Eigenthümers, welche bei einem zwischen einem Dritten und dem Nutznießer über das Grundeigenthum obschwebenden Prozeß gekränkt werden könnten; es ist also hier nur von einer nominatio auctoris die Sprache.

Landrechtssatz 1640. enthält eben so wenig eine solche Verpflichtung, denn in diesem Falle hätte der Satz nur lauten müssen:

„Die Gewährleistung fällt weg, wenn der Käufer,

---

*) Hätte z. B. der Eigenthümer eines Guts einem Andern zur Beilegung eines Streits über andere Rechte die Nutznießung jenes Guts zugesichert, so hätte er demselben nach S. 2051 a. Gewähr zu leisten, wenn ihm in Folge des Eigenthumsanspruchs eines Dritten das Nutznießungsobjekt entzogen würde. Der Nutznießer, welcher nach S. 614. dem Eigenthümer den Entwährungsstreit anzuzeigen (d. h. den Streit zu verkünden) schuldig ist, würde also nach §. 114. der Prozeßordnung die nach S. 2051 a. ihm zustehende Gewährleistungsforderung verlieren, wenn er dem Eigenthümer den Streit nicht verkündet, und ein Urtheil, gegen das noch ein Rechtsmittel zulässig gewesen wäre, rechtskräftig werden läßt. D. Red.

Digitized by Google

der seinen Verkäufer zum Prozeß beizuladen unterließ, durch Urtheil und Recht verlor."

Allein es heißt weiter:

„und der Verkäufer beweist, daß hinlängliche Mittel die Klage als verwerflich darzustellen vorhanden waren."

Demnach ist die Unterlassung der Streitverkündung nicht die Ursache des Verlustes der Gewährleistung, sondern der Beweis der Existenz solcher Vertheidigungsmittel, durch deren Gebrauch die Klage gegen den Käufer hätte verworfen werden müssen.

Es enthält demnach dieser Satz nur eine Ausnahme von der Bestimmung des Landrechtsatzes 1351., wornach Niemand für sich Einreden aus einem zwischen dritten Personen geführten Rechtsstreite herleiten kann. —

Diese Ansicht dürfte auch noch durch den Umstand bekräftigt werden, daß der Code de procédure gar keine Streitverkündung kennt.

Landrechtssatz 1727. spricht eben so wenig als Landrechtssatz 614. von einer Streitverkündigung, sondern von einer nominatio auctoris. Landrechtssatz 2031. handelt nicht von der Pflicht, einem Dritten Nachricht von einem obschwebenden Rechtsstreite zu geben, sondern von der Pflicht des Bürgen, von der geschehenen Zahlung den Hauptschuldner in Kenntniß zu setzen; denn in dem ersten Absatze ist nicht von einer vorgängigen Klage des Gläubigers gegen den Bürgen die Rede, sondern nur von einer Zahlung des Bürgen an den Gläubiger ohne Benachrichtigung hiervon an den Hauptschuldner, und in dem zweiten Absatze ist gerade des Falles gedacht, wenn ohne Klage des Gläubigers der Bürge bezahlt hat. —

Findet man aber im Landrechte keine ausdrückliche Vorschrift für die Pflicht der Streitverkündung, so ist der ganze §. 114. der Prozeßordnung überflüssig, weil er nie anwendbar ist.

Die Streitverkündung überhaupt verdankt ihre Entstehung dem Streben nach Abkürzung der Prozesse und nach Sicherung des Denuncianten, indem sie dem Denuncianten Gelegenheit giebt, jenen vertheidigen zu helfen.

Dieser Zweck wird durch die einfache Benachrichtigung des Litisdenunciaten von dem obschwebenden Prozesse erreicht, und damit hat dieses ganze Zwischenverfahren ein Ende.

Goolmann Theorie d. g. Verfahrens §. 159.

Martin Lehrbuch d. d. g. Prozesses §. 296.

Eben so wenig als Jemand zur Streitverkündung gezwungen ist, eben so wenig ist der andere verpflichtet, einem solchen Rufe zu folgen; darum ist jedes Präjudiz gegen den Denunciaten, jede Fristbestimmung für die Zulassung seines Beitrittes und jedes Verzögern des Hauptprozesses durch dieselbe unzulässig, auch außergerichtliche Streitverkündung nicht untersagt.

§. 116.

Die Streitverkündung ist mit dem einen Act der Bekanntmachung beendigt, und hätte dieser §. füglich wegbleiben können; denn es versteht sich von selbst, daß, wenn Jemand in einem Rechtsstreite einer Parthie freiwillig hilft, des Gegners Ansprüche zu bekämpfen, um folgeweisen oder mittelbaren Nachtheil von sich abzuwenden, er nach §. 104. der Prozeßordnung Nebenintervenient wird.

Der Litisdenunciat als solcher tritt demnach nicht, wie in den Ann. I. 113. gesagt wird, gegen den Denuncianten auf, sondern nur mit ihm zu einem gemeinschaftlichen Zwecke — Bekämpfung des Gegners des Letzteren.

Durch diesen Beitritt entsteht aber nichts anderes als eine Gemeinschaft des Prozesses, keine Gemeinschaft des Prozeßobjektes. —

Hieran reiht sich auch noch eine Bemerkung über den Kostenpunkt, indem namentlich in Bezug hierauf das Wesen der Streitverkündung von deren nachfolgenden Wirkung dem Beitritt des Denuncianten nicht scharf genug getrennt wurde. —

Die Kosten der Litisdenunciation bestehen einzig und allein in der Gebühr für die Protokollirung oder Schriftverfassung der Streitverkündung, für das Notificationsdecret hierauf und in der Zustellungsgebühr dieser Verfügung an den Denuncianten.

Daß der Denunciant diese für sein Interesse veranlaßten Kosten während des jetzt obschwebenden Rechtsstreites auf sich behalten muß, ist unbestritten, also über die Kosten der eigentlichen Streitverkündung nichts weiter zu sagen.

Die Kosten, welche nach deren Beendigung durch den freiwilligen Eintritt des Denunciaten in den obschwebenden Prozeß entstehen, sind keine Kosten der Streitverkündung mehr, es sind nach §. 116. Kosten, verursacht durch eine Nebenintervention, also nach den Prozeßvorschriften über diese prozessualische Beihülfe §. 105. zu beurtheilen.

§. 118.

Es scheint mir die in den Ann. III. S. 194. aufgeworfene Frage über den Zweck der Adcitation in unserer Prozeßordnung dahin beantwortet werden zu müssen, daß nach Martin's Theorie die Adcitation hier füglich ganz hätte wegbleiben können; denn es giebt im ganzen Prozeßverfahren keine Handlung, welche nicht von der Parthie, sondern nur von einem Dritten vorgenommen werden kann *), wie dieses in den Ann. am angeführten Orte näher ausgeführt ist. —

---

*) Ein Schuldner, für den ein Anderer Bürgschaft leistete, ist vom Gläubiger belangt. Er wendet ein, der Bürge habe die

Digitized by Google

Die von Gönner in seinem Handbuch I. 19. Abhandlung §. 7. und Dong Ordentl. Proceß §. 489. aufgeführten Fälle, in welchen eine Adcitation für zulässig angesehen werden soll, passen nicht zu der Bestimmung unserer Prozeßordnung; denn dort handelt es sich hauptsächlich um Einheit und Untheilbarkeit aber um Gemeinschaftlichkeit des Rechtes, während unsere Prozeßordnung nur von der persönlichen Qualification des Beizuladenden zu einer Prozeßhandlung spricht.

Da die Prozeßordnung kein Präjudiz für den Adcitaten vorschreibt, so kann der Richter gegen denselben auch keins androhen, demnach stünde es diesem frei, ob er der Adcitation folgen wolle, was dem Wesen dieses Rechtsinstitutes ganz zuwider ist, indem ohne Contumacialverfahren der Zweck der Adcitation — den Adcitaten zur Theilnahme am Streit zu zwingen, nie erreicht werden kann. *)

Goolmann Th. d. g. Verf. §. 160.

Dong am a. Ort.

II.

Hofgericht des Seekreises.

Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt und Ehrenkränkung.

Ueber die Auslegung des Gesetzes über Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt wurde schon oft und viel gestritten. Die Ansicht des Hofgerichts des Seekreises ist aber noch nie zur öffentlichen Kenntniß gekommen. Ich erlaube mir daher nachfolgend motivirtes Urtheil hier mitzutheilen.

Das Hofgericht des Seekreises hat nämlich in der Untersuchungssache gegen Mathä Schuler durch Urtheil vom 6. Oktober voriges Jahr, Nr. 7744 zu Recht erkannt:

Unter Aufhebung der Untersuchung, so weit sie die Beschuldigung der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt betrifft, sei der Beschuldigte Mathä Schuler der an dem Gendarmerie-Brigadier Schober mit körperlicher Mißhandlung verübten Ehrenkränkung für schuldig zu erklären und hierwegen in eine sechswöchentliche bürgerliche Gefängnißstrafe, so wie in die Untersuchungs- und Straferstehungskosten zu verurtheilen.

Entscheidungsgründe.

Der Gendarmerie-Brigadier Schober fand sich auf dem Umgange in seinem Dienstbezirke am 15. Juni d. J. veranlaßt, den ihm unbekannten Mathä Schuler, der ihm verdächtig vorkam, nach seinem Namen und Wohnort zu fragen, und als dieser entgegnete, das gehe ihn nichts an, so drohte ihm der Brigadier mit Arretirung. Hierauf gab Schuler seinen Geschlechtsnamen und Wohnort an. Auf die weitere Frage nach dem Vornamen erwiederte er aber mit groben Reden und Schimpfen, worauf der Brigadier, von seinem Begehren abstehend, ihn verließ und seinen Weg weiter fortsetzte.

Schuler, der Beschuldigte, schickte demselben nun gröbliche Schimpfworte nach, und als der Gendarm, hierauf nicht achtend, starken Schrittes fortging, so lief Ersterer ihm unter fortwährendem Schimpfen nach, und als er ihn eingeholt hatte, so packte er denselben sogar am Gewehr und Leibe an, so daß dieser genöthiget wurde, ihn mit Gewalt von sich zu bringen. Die von dem Brigadier Schober so dargestellte und theilweise auch so bezeugte That wurde dem Beschuldigten als Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt zur Last gelegt.

Zum Thatbestand dieses Verbrechens ist nach dem Gesetz vom 28. Dez. 1831 (Regierungsbl. von 1832. No. 4) erforderlich, daß dem bei Ausübung des öffentlichen Dienstes von der hiezu befugten Person erklärten Gebot oder dessen Vollzug ein Widerstand entgegen gesetzt wurde, durch eine Handlung, woraus die Absicht erhellet, den Vollzug des Gebotes oder einer Dienstpflicht zu vereiteln. Die widerrechtliche Handlung, mag sie nun in Worten, Drohungen oder Thätlichkeiten bestehen, muß also immer gegen eine Diensthandlung gerichtet sein, welche für den Uebertreter die Verbindlichkeit erzeugte, zu gehorchen. Nur die so versuchte Durchsetzung eines Ungehorsams kann man Widersetzlichkeit nennen. Der Umstand, daß an einer obrigkeitlichen Person bei Ausübung ihres Amtes oder Dienstes überhaupt eine Mißhandlung durch Schmähung oder Thätlichkeit verübt wird, ist, sofern es nicht zur

---

Forderung des Gläubigers bereits bezahlt, und produzirt eine dem Bürgen ausgestellte Quittung, deren Aechtheit der Gläubiger bestreitet. Die Schreibverständigen sprechen sich füe die Aechtheit aus. Dieß genügt aber nicht, sondern es sollte nach §. 451. noch ein Erfüllungseid geschworen werden. Diesen kann der beklagte Schuldner nicht selbst schwören, da er nicht dabei war, als der Gläubiger die Quittung schrieb. Der Bürge aber war dabei, und ihm wurde die Quittung ausgestellt. Er allein kann also diese Prozeßhandlung (die Leistung des Erfüllungseides) vornehmen. Der beklagte Schuldner kann daher, um ein Erkenntniß auf den Erfüllungseid zu erlangen, den Bürgen nach §. 118. beiladen, daß er die Aechtheit der Quittung beschwöre. D. Red.

*) In dem in der vorigen Note gedachten Falle wird auf einen durch den beigeladenen Bürgen zu leistenden Erfüllungseid erkannt. Erscheint der Beigeladene nicht, und wird deßwegen der Eid als verweigert und die Urkunde als unächt erklärt, so trifft den Bürgen als civilrechtliche Folge der Nachtheil, daß er nun, weil die Zahlung als nicht geleistet angenommen und der Schuldner selbst zur nochmaligen Zahlung verfällt wird, den Ersatz des Bezahlten vom Schuldner nach S. 2029. nicht fordern kann. D. Red.

Digitized by Google

Vereitlung ihrer Gebote geschieht, nicht geeignet, das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt zu begründen. Dies ergiebt sich insbesondere aus der Bestimmung in §. 5. des Ehrenkränkungsgesetzes, wornach körperliche Mißhandlungen an Staatsbeamten ꝛc., auch wenn sie bei ihren Amtsverrichtungen geschehen, nur als Ehrenkränkung bestraft werden können, was nothwendig zu dem bemerkten Unterschiede führt; d. h. geschieht die Mißhandlung zur Vereitlung eines Dienstgebots, so ist es Widersetzlichkeit, geschieht sie aber blos in der Absicht, zu beleidigen, so ist es Ehrenkränkung.

Eine Mißhandlung, die keinen Widerstand gegen ein Gebot der öffentlichen Gewalt bezweckt, kann das Vergehen der Widersetzlichkeit nie begründen. — Annalen der badischen Gerichte, 1ster Jahrgang, Seite 19. Diese Grundsätze müssen auch in Bezug auf die Gendarmerie zur Anwendung kommen. Der §. 35 des Gendarmerie-Gesetzes vom 31. Dez. 1831 sagt zwar:

„Die thätliche Widersetzlichkeit gegen einen Gendarmen oder Mißhandlung eines solchen, denn gewaltthätige Verhinderung desselben in Erfüllung seiner Dienstpflicht wird bestraft nach dem Gesetze über die Bestrafung der Widersetzlichkeit."

Allein es wird dabei nicht gesagt, daß das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen Gendarmen andere Erfordernisse habe, als in dem Gesetze vom 25. Dez. 1831 im Allgemeinen begehrt werden, und so ist denn jener §. 35 nur dahin zu verstehen, daß auch Widersetzlichkeiten gegen Gendarmen verübt nach dem gedachten Widersetzlichkeitsgesetz beurtheilt werden sollen, eine Bestimmung die darin ihren Grund haben mag, daß im §. 1 des Widersetzlichkeitsgesetzes nur Civil- und Militärpersonen als solche genannt werden, an welchen eine Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt verübt werden kann, die Gendarmerie aber weder dem Civil- noch dem Militärstande ausschließlich angehört. Wollte man weiter gehen, und sich blos an die Worte des §. 35 halten, so müßte schon jede thätliche Mißhandlung eines Gendarmen, wäre sie ihm auch nur in der Absicht zu beleidigen und ohne Bezug auf eine Diensthandlung zugefügt worden, gleichviel, ob er dabei im Dienst war oder nicht, stets als Widersetzlichkeit bestraft werden, dies kann aber unmöglich in der Absicht des Gesetzes liegen, es wäre nicht zu erklären, warum die Mißhandlung einer militärischen Schildwache, welche blos zur Ehrenkränkung vorgenommen wurde, leichter genommen werden sollte, als derselbe Fall, welcher einen Gendarmen trifft.

Daraus folgt nun das Bedürfniß einer Auslegung dieses Gesetzes nach seinem Geiste, um es in Uebereinstimmung mit den anderen gesetzlichen Bestimmungen zu bringen.

Erwägt man nun, daß das Gesetz über die Widersetzlichkeit die allgemeine Regel enthält, und daß Ausnahmen von dem allgemeinen Gesetze nur da anzunehmen sind, wo das Gesetz sie deutlich anordnet, jedenfalls aber im Zweifel für die Regel und gegen die Ausnahme und deren Auslehnung zu entscheiden ist; erwägt man sodann, daß der in Rede stehende §. 35 nicht von jeder Widersetzlichkeit gegen Gendarmen spricht, sondern von der Widersetzlichkeit gegen sie als einer Handlung über deren Strafälligkeit bereits ein Gesetz bestehe, und mit Bezug auf dasselbe, was voraussetzt, daß die so strafbare Widersetzlichkeit auch dieselben Voraussetzungen haben müsse, die dort begehrt werden; erwägt man ferner, daß auch die Bestimmung des §. 35, welche die gewaltthätige Verhinderung des Gendarmen in der Erfüllung seiner Dienstpflicht als auch dem Widersetzlichkeitsgesetze strafbar erklärt, mit letzterem im Einklange steht; bedenkt man nun, daß vermöge dieser ersten und dritten Bestimmung die dazwischen liegende zweite, welche lautet:

„oder Mißhandlung eines solchen"

nur von solchen Mißhandlungen zu verstehen ist, womit ein Widerstand gegen die Erfüllung einer Dienstpflicht des Gendarmen bezweckt wird; erwägt man endlich, daß die Worte „wird bestraft" nicht dahin verstanden werden müssen, daß allein die Strafe, nicht aber auch die Bedingung ihrer Anwendung nach dem Widersetzlichkeitsgesetze ermessen werden soll, sondern daß dieses Wort häufig gleichbedeutend für „beurtheilt" gebraucht wird, und zwar dies in demselben Satze, über die Bestrafung der Widersetzlichkeit, da dies Gesetz doch nicht blos die Strafe dieses Verbrechens, sondern auch die Voraussetzungen desselben bezeichnet; behält man alles dieses im Auge, so muß der mehr gedachte §. 35 dahin verstanden werden, daß Widersetzlichkeiten gegen Gendarmen zur Verhinderung in der Erfüllung ihrer Dienstpflicht nach dem Gesetze über die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt zu beurtheilen und zu bestrafen seien. Annalen der badischen Gerichte, 7ter Jahrgang, Seite 217. Note.

Die Folge davon ist denn natürlich, daß die Mißhandlungen, welche einem Gendarmen nur zur Ehrenkränkung zugefügt werden, möge auch der Anlaß in einem früheren Dienstbenehmen desselben liegen, nach dem Ehrenkränkungsgesetz zu bestrafen sind. —

Beurtheilt man nun hiernach den vorliegenden Fall, so findet man, daß der Beschuldigte, obgleich unter Grobheiten der ernstlichen Aufforderung des Brigadier Schober seinen Namen und Wohnort anzugeben, dennoch gehorchte, und daß er erst nachdem der Brigadier von seiner weitern Frage nach dem Vornamen abgestanden war, nachdem also dessen Dienstbenehmen gegen ihn ein Ende hatte, demselben schimpfend nachlief und ihn anpackte, wobei jedoch

Digitized by Google

derſelbe kein Gebot ausſprach, gegen welches dieſes Benehmen als ein Widerſtand könnte angeſehen werden.

Das Vergehen des Beſchuldigten erſcheint daher nicht als Widerſetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, ſondern nur als eine mit körperlichen Mißhandlungen verübte Ehrenkränkung, die nach §. 12 des Ehrenkränkungsgeſetzes nur auf die Klage des Beleidigten beſtraft werden kann. Nach der dem Amte übergebenen Anzeige des Brigadier Schober kann man jedoch dieſe Klage ſchon als angeſtellt betrachten, denn die Beſchuldigung wird dort nicht blos auf die Widerſetzlichkeit, ſondern zugleich auf erlittene Beſchimpfung geſtellt, und im Allgemeinen auf Unterſuchung und Strafe angetragen.

Es kann daher jetzt ſchon über das Vergehen des Beſchuldigten, ſoweit ſolches unter den Geſichtspunkt der Ehrenkränkung fällt, erkannt werden. Es iſt durch die eidlichen Ausſagen des Karl Simon und der Ehefrau des Jakob Schleich, Helena, geborne Schuler, erwieſen, daß der Beſchuldigte den Brigadier Schober, nachdem dieſer von ihm weggegangen war, fortwährend eine Menge Schimpfreden nachſchrie, als Häslauſer, Strolch, Spitzbub, Zottle, liederlicher Tropf, nebſt mehrern andern, auch gab der Beſchuldigte ſelbſt zu, geſchimpft zu haben, nur will er ſich der Ausdrücke nicht mehr erinnern. Durch dieſelben Zeugen und noch drei andern iſt erwieſen, daß derſelbe auch zugleich dem Brigadier, während dieſer ſtarken Schrittes ſich von dem Geſchrei und dem Geſchimpf zu entfernen ſuchte, in der Weiſe nachſprang, als wolle er ihn einholen. Dagegen findet für die Beſchuldigung, daß der Beſchuldigte beim Zuſammentreffen den Gendarmen thätlich angegriffen, ſich nur ein Zeugniß in den Angaben der Helena Schuler, welche verſichert, daß erſterer letzterm das Gewehr zu entreißen geſucht und ſich ihm wie eine Katze an den Leib gehängt habe: allein dieſes Zeugniß wird durch die Verſicherung des Brigadier Schober auf ſeinen Dienſteid, zumal, da ſich dieſer überall und von Anfang an nachſichtig und leidenſchaftslos benommen hatte, ſowie noch durch andere Umſtände, nämlich durch den leidenſchaftlichen Charakter des Angeſchuldigten und durch den in Folge der Abwehr des Brigadiers erhaltenen Armbruch in dem Grade unterſtützt, daß dieſer Sachverhalt, ungeachtet der Beſchuldigte jede Thätlichkeit gänzlich läugnet, als erwieſen angenommen werden muß. All dieſes geſchah auf offenem Felde, während dort 6 bis 7 Perſonen beſchäftigt waren. Die erwähnten Schimpfworte ſind ſchon in der Form Ehrenkränkungen, und der darauf gefolgte körperliche Angriff fällt unter denſelben Geſichtspunkt. Das Daſein einer Ehrenkränkung iſt alſo nicht zu bezweifeln.

In Erwägung des §. 3 des Ehrenkränkungsgeſetzes, wornach die Ehrenkränkungen, welche nicht Verläumdungen ſind, bis zu 4 Monat Gefängniß beſtraft werden können; — in Erwägung des §. 4 dieſes Geſetzes, wornach für die Strafausmeſſung insbeſondere erſchwerend wirkt, wenn die Beleidigung öffentlich oder mit körperlichen Mißhandlungen verübt wurde, ſodann mit analoger Anwendung des §. 5, weil der Brigadier ſich im Dienſt befand, endlich mit Rückſicht darauf, daß der Beſchuldigte ohne den geringſten Anlaß, und ungeachtet der Brigadier Schober ihm zu entgehen ſuchte, alſo mit größter Befliſſenheit und Bosheit die ſtrafbare That verübte; in Erwägung aller dieſer erſchwerenden Umſtände wurde eine Strafe von 6 Wochen bürgerliches Gefängniß für geeignet gehalten.

Das Erkenntniß wegen der Koſten beruht auf dem §. 19 des Strafedikts. Haager.

III.

Anfrage in Bezug auf den Aufſatz und die Redaktionsanmerkung in Nr. 14 des ſiebenten Jahrgangs der Annalen (1839), über die Auslegung des Abſatzes 6 im §. 1244 der Prozeßordnung, welcher beſagt, daß eine Beſchwerdeführung auch „wegen der richterlichen Koſtenbeſtimmungen" ſtatt finde.

In dem allegirten Aufſatze haben ſich zwei gewichtige Stimmen bereits dafür erklärt, daß der in dem §. 1244 Nr. 6 der Prozeßordnung gebrauchte Ausdruck „richterliche Koſtenbeſtimmungen" ſowohl die richterlichen Verfügungen an die Anwälte auf die von ihnen vorgelegten Deſervitorien, als auch jene, welche das Gericht über die nach dem §. 175 der Prozeßordnung gepflogenen Liquidationen der Prozeßkoſten erläßt, umfaſſe, und dieſe Auslegung zum Theil in verſchiedener Weiſe durch nicht minder ſcharfſinnige Gründe unterſtützt, als jene ſind, welche nach Inhalt der Redaktionsanmerkung von dem großherzoglichen Oberhofgericht für die entgegengeſetzte Anſicht geltend gemacht worden ſind, wornach nämlich der §. 1244 Nr. 6 der Prozeßordnung ſich nicht auch auf Entſcheidungen über Koſtenerſatzliquidationen beziehe, hiergegen alſo nicht das Rechtsmittel der Beſchwerdeführung, ſondern beim Daſein der erforderlichen Summe die Appellation, beziehungsweiſe Oberappellation ſtatt finde, was denn auch in der neuen Folge der oberhofgerichtlichen Jahrbücher ſechster Jahrgang 1840 S. 120 ausgeſprochen iſt.

Bei einer aufmerkſamen Vergleichung dieſer beiderſeitigen Anſichten und Gründe warf ſich mir nun die Frage auf:

1) welcher Richter iſt unter dem im §. 175 der Prozeßordnung erwähnten „Richter der Hauptſache" verſtanden; und

2) wie läßt ſich hiemit die eine und andere der beiden oben erwähnten Theorien vereinigen?

Digitized by Google

Die Entscheidung dieser Fragen höherer Einsicht überlassend, beschränke ich mich blos auf folgende kurze Andeutung meiner Meinung:

Ad 1) der §. 175 scheint mir unter dem „Richter der Hauptsache" nur denjenigen Richter zu verstehen, durch dessen Verfahren die Kosten, um deren Liquidation resp. Ersatz es sich handelt, entstanden sind, also allemal den Richter derjenigen Instanz, aus welcher die Kosten zum Ersatze liquidirt werden, so daß in einem und demselben Rechtsstreit, welcher alle drei Instanzen durchlaufen hat, die Kosten der ersten Instanz bei dem Richter der ersten, die der zweiten bei dem Richter eben Dieser, und die der dritten bei dem Richter der dritten Instanz zum Ersatze zu liquidiren sind. So wurde es auch in mir bekannten Fällen, welche wenigstens in die zweite Instanz gekommen waren, wirklich gehalten, während in neueeer Zeit die Kosten aller Instanzen zusammen bei dem Richter erstee Instanz zum Ersatze liquidirt zu werden pflegen, wovon der Aufsatz I. in Nr. 34 des Jahrgangs 1840 den Annalen ein Beispiel anführt.

Dieses letztere Verfahren halte ich jedoch nicht für richtig, weil die Liquidation der Prozeßkosten lediglich ein Erkenntniß darüber zum Zweck hat, welche der gehabten Kosten als nothwendige im Sinne der §§. 168 und 169 der Prozeßordnung von dem Besiegten dem Sieger zu ersetzen seien. Was für Kosten nun aber in einem gegebenen Falle dahin gehören, dies wird wohl nur derjenige Richter zu entscheiden befugt und zunächst im Stande sein, welcher das Verfahren, woraus die betreffenden Kosten hervorgegangen sind, selbst geleitet hat, i. e. der Richter eben der Instanz, auf welche sich die zum Ersatze liquidirten Kosten beziehen.

Es wird nicht geläugnet werden können und die Fälle ereignen sich auch nicht so selten, daß eine Partei in den verschiedenen Instanzen ein obsiegendes Erkenntniß erlangt, wodurch die Gegenpartei in die Kosten verfällt wird, während gleichwohl nicht die Kosten aller der Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, deren sich die siegende Partei bedient hat, zu den nothwendigen gehören, welche der Besiegte zu ersetzen hätte. Es hängt deßhalb die Beurtheilung der hier in Frage liegenden Nothwendigkeit der Kosten mit dem einer jeden Instanz angehörigen Verfahren resp. mit der dasselbe bedingenden und gestaltenden Handlungsweise der Parteien selbst so eng zusammen, daß nur eben der Richter, welcher das Verfahren in einer einzelnen Instanz geleitet hat, über die Nothwendigkeit der in eben derselben entstandenen Kosten zu entscheiden berufen und im Stande sein kann. In dem Verfahren, wornach die Kosten aller Instanzen ohne Unterschied bei dem Richter der ersten Instanz zum Ersatze liquidirt werden, legt die liquidirende Partei diesem Richter die dekretirten Deservitorien ihrer Anwälte der zweiten und dritten Instanz nebst den Sportelquittungen aus eben diesen Instanzen vor, worauf dann der Erstinstanzrichter ganz unbedenklich die Summe dieser dekretirten Drservitenbeträge und bescheinigten Sportelauslagen der Gegenpartei zum Ersatze zuweist. In solchen Deservitorien können nun aber Ansätze, wie z. B. für Anrufen, Beförderungsgesuche, Fristbitten ꝛc. enthalten sein, welche nach den Umständen und der Beschaffenheit des Verfahrens in der betreffenden Instanz nichts weniger als nothwendig waren, oder aber auch Ansätze für Hauptschriften, deren Begehren in einem allenfallsigen Vorverfahren verworfen wurde, obgleich die Partei später in der Hauptsache gesiegt hat und die Gegenpartei in die Kosten verurtheilt wurde, so wie dann auch in gleicher Weise unter den vorgelegten Sportelquittungen sich Ansätze befinden können, welche durch eben solche überflüssige, unerhebliche oder unstatthafte Parteianträge und Handlungen verursacht worden sind. Die deßfallsigen Kosten sind dann doch gewiß keine nothwendigen, und folglich von der Gegenpartei nicht zu ersetzen. Wie will dies aber der Richter erster Instanz aus den ihm vorgelegten Deservitorien und Sportelquittungen erkennen, da ihm der Verlauf des Verfahrens in den beiden höheren Instanzen völlig fremd ist? Ueberdieß scheint mir, daß so wenig z. B. der Richter erster Instanz das Erkenntniß einer höhern Instanz, wodurch einer Partei der Eid auferlegt worden ist, nach dessen Ableistung für purifizirt erklären darf, und so wenig derselbe auf die von einer höheren Instanz erlassene Verfügung, wodurch ein angedrohter Rechtsnachtheil ausgesprochen wurde, nachmals das die Folgen dieses Rechtsnachtheils ausmachende Urtheil zu fällen berechtigt ist, — er eben so wenig über den Ersatz derjenigen Prozeßkosten zu erkennen befugt sein kann, welche in einer höhern Instanz entstanden sind, und worüber das Urtheil eben dieser Instanz selbst seine eigene Bestimmung enthält. Wenn endlich Freiherr von Weiler in seinen Motiven zum Entwurfe der Prozeßordnung (Titel V.) sagt, daß die durch die Prozeßführung zugefügte widerrechtliche Beschädigung es ist, welche den Grund der Ersatzschuldigkeit ausmacht, und dann fortfährt: „dieser Grundsatz macht es dem richterlichen Ermessen möglich, besser in das eigene Verhalten der Parteien bei der Prozeßführung einzudringen, und nach ihrem Benehmen zu urtheilen, wie viel mehr oder weniger Kosten eine Partei, wenn gleich gewinnender Theil, durch ihren bösen Willen oder ihr Verschulden ihrem Gegner verursacht hat, die er ihr nicht zu ersetzen schuldig, vielmehr ersetzt zu verlangen befugt ist," — so glaube ich hierin die sicherste Gewähr für die Meinung zu finden, daß unter dem „Richter der Hauptsache" in §. 175 der Prozeßordnung allemal der Richter derjenigen Instanz selbst zu verstehen sei, auf welche sich die zum Ersatze zu liquidirenden Kosten beziehen, daß also nur der Richter jeder einzelnen Instanz selbst über den Ersatz der in derselben entstandenen Kosten zu erkennen befugt sei, weil nur eben dieser Richter in das eigene Verhalten der Parteien bei der Prozeßführung in der betreffenden Instanz einzudringen, und nach ihrem Benehmen zu urtheilen im Stande ist, wie viel mehr oder weniger Kosten der gewinnende Theil durch bösen Willen oder Verschulden seinem Gegner in dieser Instanz verursacht hat.

Digitized by Google

Ist nun aber diese Auslegung richtig, so folgt daraus: Ad 2, daß gegen die Verfügungen, welche das Gericht über die nach dem §. 175 der Prozeßordnung gepflogenen Liquidationen der Prozeßkosten erläßt, nicht wohl das Rechtsmittel der Appellation stattfinden kann, weil hiernach dieses Rechtsmittel, namentlich gegen die Erkenntnisse über die Kostenliquidationen der zweiten Instanz, kaum in einem einzigen Falle ausführbar, und hiebei jedenfalls eine Instanz, die Oberappellation, abgeschnitten wäre. Denn muß man auch zugeben, daß die Kosten einer Partei in der ersten Instanz sich häufig auf 50 fl. belaufen, und daß ebenso auch die Kosten der zweiten Instanz im einzelnen Falle die Summe von 150 fl. erreichen können, so daß dem Werthe des Streitgegenstandes nach die Appellation mit Rücksicht auf §. 1173 der Prozeßordnung wohl im Allgemeinen statthaft wäre, so ist doch zu bedenken, daß bei Berechnung der Appellationssumme nur der Theil des Streitgegenstandes in Betracht kommt, welcher gegen die Gesuche des Appellanten zuerkannt oder abgesprochen wuede. (§. 1174 Nr. 1 der Prozeßordnung). Da es sich nun kaum ereignen wird, daß in einem zur Liquidation vorgelegten Kostenverzeichnisse der ersten Instanz die einzelnen Kostenbeträge, welche gegen die Gesuche einer Paetei zuerkannt oder abgesprochen wurden, zusammen die Summe von 50 fl. ausmachen, und es noch weniger vorkommen wird, daß die gegen die Gesuche einer Partei zuerkannten oder abgesprochenen Kosten der zweiten Instanz sich bis auf 150 fl. erstrecken, so ist nicht zu verkennen, daß nur in den seltesten Fällen von dem Rechtsmittel der Appellation, und, — da die Kosten der ersten Instanz weder überhaupt, noch weniger der gegen die Gesuche einer Paetei zuerkannte oder abgesprochene Theil derselben je einmal die Summe von 500 fl. ausmachen werden, — von jenem der Oberappellation wohl gar nie Gebrauch gemacht werden könnte, das Rechtsmittel der Appellation, und beziehungsweise Oberappellation, mithin nahezu bedeutungslos würde. *) Nebstdem würde bei den Erkenntnissen über die Kostenliquidation der zweiten Instanz eine Ausnahme von dem in Hinsicht der Appellation sonst üblichen Instanzenzug eintreten, während bei dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung das Verfahren an und für sich nur auf zwei Instanzen beschränkt ist, und wenn dann auch der §. 1245 der Prozeßordnung bestimmt, daß gegen die Kostenbestimmungen des obersten Gerichtshofes die Beschwerdeführung an die oberste Staatsbehörde nicht zulässig ist, so ist dies eben eine singuläre Bestimmung, deren Grund sich leicht durch die Betrachtung erklären läßt, daß eine Verletzung durch bloße Kostenbestimmung doch nicht von solcher Wichtigkeit ist, daß hiefür ein Rechtszug an die oberste Staatsbehörde angemessen und geeignet erschiene. A. Eckert.

*) Das Oberhofgericht hat schon wiederholt die nämliche, oben ausgeführte Ansicht geltend gemacht, daß der Richter jeder Instanz über den Ersatz der vor ihm erwachsenen Kosten besonders zu erkennen habe. (M. s. die oberhofgeeichtl. Jahrbüch r n. F. VI. S. 445). Nichts desto weniger wurde angenommen, daß gegen solche Erkenntnisse der Bezirks-Aemter und Hofgerichte nur das Rechtsmittel der Appellation, beziehungsweise Oberappellation, bei dem Dasein der gesetzlichen Beschwerdesumme stattfinde. Man fand darin, daß auf solche Weise das Rechtsmittel selten stattfinde, keinen Grund, dem Rechtsmittel der bloßen Beschwerdeführung (ohne Voraussetzung einer Ordinationssumme) Raum zu geben, indem auch bei Erkenntnissen über andere Liquidationsklagen die Zulassung von Rechtsmitteln an die Appellationssumme gebunden ist, und kein Grund vorliegt, die Rechtsmittel gegen Erkenntnisse über Liquidation von Prozeßkosten vorzugsweise zu begünstigen. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzlee Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Im Verlage des Unterzeichneten ist so eben erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Proceß-Ordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte

erläutert

von

Wilhelm Thilo,

großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.

Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Karlsruhe, 3. November 1841.

Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 6. November 1841.

I.

Welche Verfügung ist auf eine mangelhafte Beweisantretung zu erlassen?

Meine Ausführung über obige Frage in Nr. 38 dieses Jahrgangs der Annalen hat von Seiten der Redaktion Angriffe gefunden, die mich zu nachstehender Erwiderung veranlassen.

Indem ich zuvörderst zur weitern Begründung meiner Ansicht, daß der Richter die Verbesserung der Fehler und Mängel in dem Beweisverfahren ebensogut als im ersten Verfahren anzuordnen habe, auf die Bestimmung im §. 1115, 1116 der Prozeßordnung mich berufe, wodurch das richterliche Verbesserungsrecht als ein in der Prozeßordnung allgemein herrschendes Prinzip vollkommen dargethan sein dürfte, übergehe ich zur Erwiderung auf die einzelnen Bemerkungen der Redaktion.

1) Dieselbe behauptet, daß der Fall, wo die Beweisantretung an formellen Fehlern leide, mit dem Falle, wo der Beweis nicht über alle Punkte des Beweiserkenntnisses angetreten sei, nicht auf die gleiche Linie gesetzt werden könne, und daß im letzten Falle eine Anweisung zur Verbesserung unzulässig sei. —

Diese Behauptung dürfte ihre völlige Widerlegung in der Rechtsregel finden non fieri (gleichviel ob ganz oder theilweise) et illegitime fieri, unum idemque est, ich wiederhole unum idemque est *), aus welchem sich doch sonnenklar ergiebt, daß allerdings beide Fälle in eine Linie zu stellen sind. Damit allein wäre schon von selbst dargethan, daß alles das, was von formeller Verbesserung einer Beweisantretung gesagt ist, auch auf die materielle Verbesserung derselben Anwendung finde, mit andern Worten, daß der Richter befugt und verpflichtet ist, die Verbesserung einer Beweisantretung anzuordnen, wenn nicht über alle Punkte des Beweiserkenntnisses, d. h. nicht über alle zum Beweise ausgesetzten Thatsachen der Beweis angetreten ist, gerade ebenso als wie wenn die Beweisantretung an formellen Gebrechen leidet. Doch will ich der praktischen Wichtigkeit wegen zur näheren Begründung dieses Satzes schreiten.

Ich setze den Fall, daß einer Partei durch Zwischenbescheid der Beweis mehrerer Thatsachen auferlegt war, daß die Partei hierauf in der Beweisantretung einige Beweismittel auf vorgeschriebene Weise vorgeschlagen hat, andere aber nicht, so wie auch den Beweis über einige Thatsachen angetreten, dagegen über andere Thatsachen anzutreten vergessen hat. Dergleichen Versehen kommen bisweilen in Beweisantretungsschriften vor, wie ja auch von den Gerichten hie und da der Beweis über einige erhebliche Thatsachen nicht auferlegt wird. In einem solchen Falle, wie ich ihn so eben angeführt habe, muß nun hinsichtlich der in vorgeschriebener Weise vorgeschlagenen Beweismittel die geeignete prozeßleitende Verfügung getroffen werden, was ich schon in meinem Aufsatze — bei Anführung des Rechtssatzes validum per invalidum non vitiatur gesagt habe. Was hat aber der Richter auf die Beweisantretung hinsichtlich der einzelnen vom Beweisführer übergangenen Beweissätze und hinsichtlich der nicht vorschriftgemäß angetretenen Beweismittel zu verfügen? Die Redaktion hält dafür, daß im letzten Falle die Verbesserung der Beweisantretung veranlaßt werden solle, im ersten

*) Daß dieser strenge Grundsatz in unserer Prozeßordnung keine allgemeine Anerkennung gefunden, hat der Hr. Verfasser des obigen Aufsatzes in seiner Ausführung in Nr. 38 selbst gründlich dargethan. Nach jenem Grundsatze wäre nämlich eine, den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechende, Beweisantretung als gar keine Beweisantretung anzusehen, und es müßte, wie wenn die Beweisantretung ganz unterblieben wäre, auf Anrufen des Gegners lediglich ein Versäumnißerkenntniß nach §. 415 erlassen werden. Unsere Prozeßordnung ist aber milder, das illegitime geschehene soll nicht als gar nicht geschehen betrachtet, sondern es soll die Verbesserung desselben veranlaßt werden. Wo aber über irgend eine Thatsache wirklich gar kein Beweis angetreten ist, kann von einer Verbesserung der nicht vorhandenen Beweisantretung über dieselbe keine Rede sein. D. Rd.

Digitized by Google

Falle aber eine Anweisung zur Verbesserung unzulässig sei. Sie sagt aber nicht, was hinsichtlich des übergangenen Beweissatzes geschehen müsse?*) Ich sage dagegen, daß der Richter die Verbesserung einer Beweisantretung anzuordnen habe, wenn über einige Thatsachen der Beweis gar nicht angetreten, gleich wie wenn der Beweis nicht in gehöriger Form angetreten ist. Dieser Satz entspricht schon der Prozeßdirektion, nämlich dem Principe, daß der Richter die Parteiverträge genau zu prüfen und die Ergänzung und Berichtigung der darin vorkommenden Mängel und Gebrechen zu veranlassen hat. Aus welchem Grunde sollte die Verbesserung einer Beweisantretung von Amtswegen angeordnet werden, wenn dieselbe an formellen Gebrechen leidet, nicht aber auch wenn die Beweisantretung in materieller Hinsicht unvollständig und fehlerhaft ist? Ein Argument zu einer solchen Unterscheidung läßt sich im Gesetze sicher nicht finden. Vielmehr ist aus den prozessualistischen Bestimmungen zu entnehmen, daß es in der Pflicht und Befugniß des Richters liegt, die Verbesserung jedes Partei-Vortrages in materieller Hinsicht sowohl als in formeller anzuordnen §. 248. 289. 338 ff. 339. 364. 581. 585. 1115. 1116. Die Redaktion sucht ihre Meinung damit zu begründen, daß sie sagt, so wie man dem Beklagten nach §. 364 die Verbesserung des Einredevortrags nur hinsichtlich der wirklich vorgebrachten, aber mangelhaft vorgetragenen Einreden nicht aber auch dahin aufgeben könne, daß er eine in der Einredeschrift gar nicht vorgebrachte Einrede vortrage, ebenso könne die Verbesserung einer Beweisantretung nicht auch hinsichtlich der Thatsachen, über welche gar kein Beweis angetreten wurde, sondern nur hinsichtlich derjenigen Thatsachen aufgegeben werden, über welche der Beweis zwar angetreten, die Antretung aber fehlerhaft sei. — Dieses Argument würde alsdann passen, wenn ich gesagt hätte, der Richter habe die Verbesserung einer Beweisantretungsschrift auch dahin zu veranlassen, daß dem Beweisführer aufgegeben wird, ein in der Beweisantretungsschrift gar nicht erwähntes Beweismittel vorzuschlagen oder beizubringen. Dieses habe ich aber nicht gesagt. Auf den in Frage liegenden Fall paßt das von der Redaktion angeführte Argument gar nicht. Die Beweisantretung hat nicht mit einem Einredevortrag, sondern vielmehr mit einer Klage Aehnlichkeit. Die Beweisantretung ist nämlich in dem Beweis- oder Hauptverfahren dasselbe, was die Klage im ersten Verfahren ist†). Nun aber gilt bei Klagen der Grundsatz, daß das Sachverhältniß vollständig anzuführen sei §. 247. 250, und daß, wenn es dem Klagevortrag an Vollständigkeit mangelt, dem Kläger die Ergänzung und Berichtigung aufgegeben werden muß, §. 248 und zwar im Laufe der Verhandlungen unter Androhung des Rechtsnachtheils, daß der Kläger im Versäumungsfalle mit dem Angriffsmittel ausgeschlossen werde §. 342. In gleicher Weise verhält es sich bei der Beweisantretung. Zur Vollständigkeit einer Beweisantretung wird nämlich offenbar erfoedert (nicht nur daß alle Beweismittel in vorgeschriebener Weise angetreten sind, sondern auch), daß der Beweis über alle zum Beweis ausgesetzten Thatsachen angetreten wird. Ist dies nicht geschehen, ist nämlich der Beweis über einige Thatsachen angetreten, über andere aber nicht, so erscheint die Beweisantretung als unvollständig, somit als fehlerhaft, daher der Richter zu Folge des Princips der Prozeßdirektion die Ergänzung oder Verbesserung der Beweisantretung ebenso zu veranlassen hat, als wie die Ergänzung und Berichtigung einer unvollständigen Klage††).

*) Hinsichtlich der übergangenen Thatsache hat nichts zu geschehen; bei der Abtheilung erscheint sie eben als unerwiesen. Es kommt dies gar oft vor, und es ist wohl schwerlich schon anders damit gehalten worden. — In der 2. Instanz kann der vernachlässigte Beweis nachgeholt werden; der §. 1221 Nr. 6 steht nicht im Wege, wenn nur die Partei wegen irgend eines Punkts eine Beweisantretung überhaupt übergeben hat. Uebergab sie nämlich überhaupt eine Beweisantretung, so ist der Fall des §. 415, wo ein Versäumungserkenntniß erfolgt, nicht vorhanden, die Partei wird also in diesem Falle nicht, wie der §. 1221 Nr. 6 voraussetzt, mit den nicht vorgeschlagenen Beweismitteln ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluß erfolgt hier eben so wenig, als da, wo der Kläger in der Replik oder der Beklagte in der Einrede oder Duplik verschiedene ihm zu Gebot stehende Vertheidigungsmittel vorzutragen versäumt hat. Auch hier kann er, da er die Prozeßhandlung im Allgemeinen vorgenommen hat und darum kein Versäumnißerkenntniß gegen ihn ergangen ist, anerkanntermaßen die vernachlässigten einzelnen Vertheidigungsmittel in 2ter Instanz noch nachtragen. D. Red.

†) Reus excipiendo fit actor, und ich wüßte nicht, warum eine Beweisantretung über die verschiedenen Einreden eher einem Klagevortrag als einem Einredevortrag verglichen werden sollte. D. Red.

††) Die eben angeführten §§. 248. 289. 338. 359. 364. 581. 585. 1115 und 1116, deren Analogie hier entscheiden soll, handeln von zweierlei Fällen. Entweder sind Thatsachen unbestimmt oder unvollständig vorgetragen (§§. 248. 338. 359. 364. 581. 1115 und 1116), oder es werden vom Gegner vorgetragene Thatsachen unbestimmt oder ausweichend beantwortet (§§. 289. 342. 364. 585. 1115 und 1116). Was hinsichtlich der letztern Fälle gesagt ist, läßt sich auf unvollständige Beweisantretungen nicht anwenden, es kann auf solche Beweisantretungen, die keine Antworten, sondern selbstständige Vorbringen enthalten, nur das analoge Anwendung finden, was für die Fälle unvollständig oder unbestimmt vorgetragener Thatsachen vorgeschrieben ist. In dieser Beziehung ist aber zu bemerken, daß die §§. 248 338. 359. 364. 581. 1115 und 1116 nicht erlauben, den Vortrag weiterer selbstständiger Thatsachen, die im Beweisverfahren eigene

Digitized by Google

Es paßt demnach hinsichtlich der materiellen Verbesserung einer Beweisantretungsschrift nicht sowohl der §. 364, als vielmehr der §. 248. 338 ff. Auch wird durch mehrere Bestimmungen der Prozeßordnung bestätiget, daß der Richter nicht mit Gleichgültigkeit und Stillschweigen hinzunehmen hat, ob über die eine oder die andere erhebliche Thatsache der Beweis angetreten wird oder nicht. Vielmehr ergiebt sich aus mehrern Vorschriften der Prozeßordnung, daß der Richter die nachträgliche Antretung des Beweises einer übergangenen Thatsache anordnen solle. So muß bei der Beweisanticipation ein Beweiserkenntniß erlassen werden, wenn der Beweispflichtige Theil das Thema nicht getroffen hat §. 396—398. So ist der Richter befugt, von der, dem schon erlassenen Beweiserkenntnisse zu Grunde liegenden, Ansicht wieder abzugehen und auf eine Aenderung in der Beweisauflage zu erkennen, wenn er sieht, daß er nicht über die entscheidende Thatsache den Beweis auferlegt hat §. 406. So muß der Richter in den Fällen des §. 673 Nr. 2 — 6 (wo doch der Beweis sofort mit der Klage angetreten werden sollte §. 674), wenn am Schlusse des Verfahrens der Beweis über erhebliche Thatsachen gar nicht oder nicht genügend angetreten ist, durch eine Verfügung den Parteien die Thatsachen, über welche der Beweis erforderlich ist, bezeichnen und für den Nachtrag solchen Beweises eine Frist bestimmen, Prozeßnovelle Artikel 7. So hat das Obergericht Beweiserkenntnisse über entscheidende Thatsachen zu erlassen, sofern hierüber in erster Instanz noch keine Beweisauflage erfolgt war, Prozeßnovelle Artikel 11 *). Durch all dieses sollte zur Genüge dargethan sein, daß der Richter die Verbesserung einer Beweisantretung von Amtswegen anzuordnen hat, in welcher über die eine oder die andere der zum Beweis ausgesetzten Thatsachen der Beweis nicht angetreten ist.

2) Die Redaktion behauptet ferner, das Präjudiz, daß der Beweisführer mit den nicht gehörig beigebrachten Beweismitteln ausgeschlossen werde, unterscheide sich von den andern in der Praxis üblichen Rechtsnachtheilen nur in den Worten, in der Sache selbst aber sei es einerlei, welcher von den verschiedenen Rechtsnachtheilen angedroht werde, doch — sei es der Sache selbst entsprechender, wenn mit der Verbesserungsauflage nur gedroht werde, daß sonst das angetretene Beweismittel als gar nicht vorgeschlagen betrachtet werde. —

Die Redaktion hat aber nicht nachgewiesen und durch keine Gesetzesstelle zu begründen gewußt, daß das von ihr vorgeschlagene Präjudiz das gesetzliche sei.

Dadurch allein und nach Ansicht des §. 653, wornach nur der Rechtsnachtheil angedroht werden kann, welcher im Gesetze bestimmt ist, wäre die Behauptung der Redaktion schon hinlänglich widerlegt. Indessen unterscheiden sich die verschiedenen Rechtsnachtheile bei näherer Erwägung allerdings nicht blos in den Worten, sondern in der Sache selbst. Denn eine Partei kann die Beweismittel, mit welcher sie in der früheren Instanz kraft eines Versäumungserkenntnisses ausgeschlossen wurde, in der obern Instanz nicht mehr nachtragen und benutzen §. 1221 6, wohl aber ein Beweismittel, welches als nicht vorgeschlagen betrachtet oder nicht berücksichtiget wird, weil die gedachte Gesetzesstelle von derartigen Beweismitteln nicht spricht. Die Redaktion giebt nun dem §. 1221 6 die Auslegung, daß der gänzliche Verlust der Beweismittel nur dann stattfinde, wenn der Beweisführer durch ein Versäumungserkenntniß mit der ganzen Beweisantretung ausgeschlossen wurde, und folgert daraus, daß

Beweissätze bilden, zu veranlassen, sondern daß sich diese Befugniß nur darauf beziehe, daß eine wirklich vorgetragene Thatsache in ihren Einzelnheiten näher erläutert und vervollständigt werde. Die Analogie der angeführten Bestimmungen könnte daher den Richter in keinem Falle ermächtigen, da, wo der Beweisführer über einen Beweissatz den Beweis angetreten hat, demselben in der Form einer Verbesserungsverfügung aufzugeben, nachträglich auch noch über eine ganz andere (ebenfalls bereits zum Beweise ausgesetzte) Thatsache den Beweis anzutreten. Hätte z. B. der Beklagte die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, die Einrede der Zahlung, die Einrede der Wettschlagung ꝛc. kummulirt, und wäre ihm über jede dieser Einreden der Beweis auferlegt, träte er denselben aber nur über die Einrede der Zahlung (wenn gleich in Bezug auf diese Thatsache vollständig) an, und der Richter wollte sich nun herausnehmen, ihn anzuweisen, daß er den nicht angetretenen Beweis über die beiden andern Einreden innerhalb einer weitern Frist noch nachtrage, so wäre dies doch in der That nichts anderes, als wenn er den Beklagten, der in seiner ersten Vernehmlassung nur die eine Einrede vorgetragen hätte, anweise, er soll doch noch weitere Einreden vortragen. D. Red.

*) Alle diese Fälle haben durchaus keine Aehnlichkeit mit demjenigen, um den wir hier streiten. Derjenige, der über die Eine der Thatsachen, über welche ihm der Beweis auferlegt ist, innerhalb der anberaumten Frist keinen Beweis antritt, hat den Erfolg, daß nun eben die Thatsache unerwiesen ist, seiner eigenen Versäumniß oder Vernachlässigung zuzuschreiben. Anders verhält es sich aber, wenn die Partei, sei es im ordentlichen oder im abgekürzten Verfahren, vor erfolgter richterlicher Anweisung den Beweis angetreten hat und der Richter ihn nicht vollständig findet (§. 396 — 398 und Artikel 7 der Novelle), oder wenn der Richter über die wirklich entscheidende Thatsache früher den Beweis nicht auferlegt hat, und wenn er selbst (§. 406) oder der höhere Richter (Artikel 11 der Novelle) dies nachholt. Von diesen Fällen kann also auf den vorliegenden, wo über eine Thatsache eine ordnungsmäßige Beweisauflage erfolgte und der Beweisführer die Beweisantretung in Bezug auf diese Thatsache dann doch unterließ, kein Schluß gezogen werden. D. Red.

Digitized by Google

nichts im Wege stehe, ein einzelnes Beweismittel, welches wegen Fehlerhaftigkeit nicht zu berücksichtigen sei, in zweiter Instanz ordnungsmäßig wieder geltend zu machen. Diese Auslegung steht aber geradezu im Widerspruche mit dem klaren Wortlaute des §. 1221 6, welcher nicht von der ganzen Beweisantretung, sondern von den Beweismitteln spricht, mit denen die Partei in der frühern Instanz durch Versäumungserkenntniß ausgeschlossen worden ist.

Abgesehen von diesem allem und angenommen, daß die verschiedenen Rechtsnachtheile sich nur in den Worten unterscheiden, so dürfte gleichwohl das Präjudiz, daß der Beweisführer mit den nicht gehörig vorgeschlagenen Beweismitteln ausgeschlossen werde, vor allen anderen den Vorzug verdienen und zwar deshalb, weil dieses Präjudiz in der Prozeßordnung und zwar in §. 393 steht. Ueberhaupt ist es gewiß zweckmäßig, wenn in den richterlichen Verfügungen, namentlich wo Rechtsnachtheile vorkommen, der Sprachgebrauch der Prozeßordnung möglichst getreu beibehalten und beobachtet wird, während es sehr gewagt erscheint, und zu vielen Beschwerden Anlaß geben kann, wenn dafür andere auch gleichlautende Ausdrücke genommen werden. Der Sprachgebrauch der Prozeßordnung ist und bleibt einmal für die Juristen jus et norma loquendi. Nun ist in §. 393 für den Versäumungsfall bei Beweisantretungen allgemein der Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit den nicht vorgeschlagenen Beweismitteln bestimmt. So muß denn in dem Beweisverfahren dieser Rechtsnachtheil für alle andere Fälle gelten, für welche die Prozeßordnung kein besonderes Präjudiz gegeben hat, also namentlich für den Fall, wenn der Beweisauflage theilweise nicht entsprochen oder der Beweis nicht in vorgeschriebener Weise angetreten wurde. Es verhält sich ja auf gleiche Weise in andern prozessualischen Vorkommenheiten. Auf den Fall, daß die Vernehmlassung auf die Klage ganz versäumt wird, ist nämlich der Rechtsnachtheil angedroht, daß der thatsächliche Vortrag des Klägers für eingestanden und jede Schutzrede des Beklagten für versäumt erklärt werde §. 253. Der gleiche Rechtsnachtheil ist aber auch für den Fall bestimmt, wenn die Thatsachen der Klage unvollständig beantwortet, oder die einzelnen Einreden unvollständig vorgetragen sind §. 289. 384. Es ist auch, so viel ich weiß, noch Niemanden eingefallen, für diesen Fall einen besondern Rechtsnachtheil in Vorschlag zu bringen.

Dadurch dürfte gleichfalls genügend dargethan sein, daß der Rechtsnachtheil des Ausschlusses mit den Beweismitteln auch alsdann anzudrohen ist, wenn die formelle Verbesserung einer Beweisantretung angeordnet wird. Sollte übrigens ein unbezwingbarer Widerwille gegen den Rechtsnachtheil des Ausschlusses herrschen, so schlage ich dafür die Präjudizien vor, daß im Nichtverbesserungsfalle das nicht gehörig angetretene Beweismittel für versäumt oder der Beweisführer mit einem solchen Beweismittel für verlustig erklärt werde. Diese Ausdrücke gebraucht nämlich die Prozeßordnung als gleichbedeutend mit dem Rechtsnachtheil des Ausschlusses §. 253. 330. 331. 342. 364. 1221 6.

3) Die Redaktion behauptet, daß die Obergerichte von der Befugniß, die Verbesserung fehlerhafter Beweisantretungen zu veranlassen, nicht so leicht Gebrauch machen, desto nachsichtiger aber in der Zulassung fehlerhaft angetretener Beweismittel seien, daß auch bei der Beurtheilung, ob eine vorgeschriebene Förmlichkeit wesentlich sei oder nicht, ob also die fehlerhafte Beweisantretung als gar nicht geschehen zu betrachten sei, die Bestimmung in Landrechtsatz 6 k Maaß und Ziel gebe; daß man daher Anträge der Parteien, wenn es an formellen Gesuchen fehlt, nach der daraus erkennbaren Absicht beurtheilen könne, daß hiernach schon oft eine Produktionstagfahrt, ohne daß wörtlich darum gebeten war, angeordnet worden sei, weil dies mittelbar doch in den Anträgen der sich auf die vorgelegte Urkunde berufenden Partei gelegen, daß auch bei Gericht aufbewahrte Akten, auf die sich eine Partei bezogen hatte, in der Produktionstagfahrt vorgelegt worden seien, wenn gleich die Parteien um Aufsuchung und Vorlegung derselben nicht ausdrücklich gebeten haben ꝛc. ꝛc. —

Ich habe gefunden, daß die Nachsicht der Obergerichte in Zulassung fehlerhafter Beweismittel nicht so groß ist, als die Redaktion anführt; dies ließe sich aus den Annalen, den Oberhofgerichtlichen Jahrbüchern und aus vielen noch ungedruckten Entschreidungen nachweisen. Ich will jedoch nicht sagen, daß bei Obergerichten nicht bisweilen ein fehlerhaftes Beweismittel zugelassen werde, als wie, wenn solches vorschriftgemäß angetreten wäre. Die Zulassung der nicht gehörig vorgeschlagenen Beweismittel geschieht aber alsdann gewiß nicht so fast im Hinblicke auf Landrechtsatz 6 k, als vielmehr aus dem Grunde, daß der Mangel der vorgeschriebenen Förmlichkeit nicht beobachtet wurde. Es passirt eben den Obergerichten auch hie und da etwas Menschliches. Quandoque dormitat bonus Homerus. Sei dem wie ihm wolle und zugestanden, daß die Obergerichte mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten es nicht so genau nehmen, so läßt sich dieses Verfahren gewiß nicht vollkommen billigen. Denn die Förmlichkeiten, welche bei Antretung der Beweismittel vorgeschrieben sind, erscheinen nicht so gehaltlos und unwesentlich, als sie im ersten Augenblick vorkommen mögen. So ist die Vorlage einer Spezialvollmacht zur Eideszuschiebung nach §. 142 5 gewiß in der Art eine wesentliche Förmlichkeit, daß die Eideszuschiebung als nichtig betrachtet

Digitized by Google

werden muß, wenn nicht die Vollmacht noch vor Erlassung des Urtheils beigebracht wird. Auch die übrigen Förmlichkeiten haben eine Grundlage, welche sie zu wesentlichen Erfordernissen macht, und zwar in der Verhandlungsmaxime, zu Folge welcher der Richter nur die Beweismittel zu erheben hat, welche der Beweisführer ausdrücklich bezeichnet und verlangt. §. 5. In Uebereinstimmung mit diesem Prinzip ist denn auch namentlich vorgeschrieben, daß von Amtswegen Urkunden aufzusuchen und vorzulegen unstatthaft ist, §. 427. Hiernach dürfte das Verfahren, wo eine Productionstagfahrt angeordnet wird, ohne daß ausdrücklich darum gebeten war, und bei Gericht aufbewahrte Acten vorgelegt und bei einer andern Stelle befindliche Acten requirirt werden, wenn gleich die Partei nicht ausdrücklich darum gebeten hatte, als nichtig angefochtrn werden können. Wenn man dagegen einwendet, das Gesuch um Anordnung einer Productionstagfahrt, Vorlegung und Requisition der Urkunden liege mittelbar schon darin, daß die Partei auf die abschriftlich vorgelegte Urkunde sich berufe, so bemerke ich hierauf, daß sich mit gleichem Fug und Recht sagen ließe: eine ausdrückliche Klagbitte und ein wörtliches Gesuch um Wiederherstellung sei nicht nothwendig, die Klagbitte liege wenigstens mittelbar schon in dem Klagvortrag, und das Wiederherstellungsgesuch liege wenigstens mittelbar darin, daß der Vortrag, mit dem die Partei ausgeschlossen worden, innerhalb der Wiederherstellungsfrist beigebracht sei rc. Sollten derartige Grundsätze in der Praxis allgemein geltend werden, so würden bald wenige Vorschriften der Prozeßordnung, die manchem Richter unbequem vorkommen mögen, beobachtet werden; wir würden alsdann nach und nach in den prozessualistisch anarchischen Zustand zurückfallen, der vor Erscheinung der Prozeßordnung geherrscht hat, in Bälde würden für die Prozeßordnung und ihre Freunde kommen die letzten Tage von Pompeji! *) Haager.

*) Es wäre wahrlich ein Heil für die Rechtspflege, wenn die bei vielen Richtern noch erscheinende Schroffheit des Formelwesens nachließe. Ich habe auch schon vielfältig klagen hören, aber nicht in der obigen Richtung, sondern umgekehrt darüber, daß durch lauter formelle Düfteleien das materielle Recht ertödtet werde. Eine prozessualistische Anarchie wird nicht eintreten, wenn man zwischen wesentlichem und unwesentlichem (nach S. 6 k.) unterscheidet, die formellen Vorschriften nicht auf die Spitze treibt, sie überall cum grano salis anwendet, und die Anträge der Parteien nach ihrer sichtbaren Absicht in verständiger Weise auffaßt und deutet. Im Gegentheile aber ist es ein wahrer Jammer, wenn man sieht, wie mitunter eine Partei durch die Chicane des Gesetzes, eigentlich aber nur durch die Chicanen in der Anwendung desselben herumgestoßen wird, und doch am Ende darum mit ihrem besten Rechte noch unterliegt, weil sie nicht alle Vorschriften des Verfahrens genau so, wie der Richter sie auffaßte, beobachtet habe. Solche Mißstände sind allerdings mit jedem umfassenden neuen Gesetze verbunden, und sie sind die Schattenseite der Codification. Indessen herrschte jene unverständige Formal-Jurisprudenz in den ersten Jahren nach Einführung der neuen Prozeßordnung in ausgedehnterem Maaße als gerade jetzt, und es ist zu hoffen, daß sie täglich mehr sich verliere. Es braucht immer eine geraume Zeit, bis die geistige Bewegung, die aus der Anwendung eines neuen Gesetzbuchs hervorgeht, gehörig vergohren und ihre Ecken und Spitzen abgestoßen hat.
D. Red.

II.

Ueber den §. 26. des Zwangsabtretungsgesetzes von 1835.

Nach dem §. 26. des Zwangsabtretungsgesetzes vom 28. August 1835 soll da, wo eine zum öffentlichen Nutzen abzutretende Liegenschaft verpachtet ist, die Entschädigung des Pächters, wie bei freiwilligen Veräußerungen, nach den Landrechtssätzen 1745—47. bemessen werden. — Bei Feldgütern kommt also der Satz 1746 zur Anwendung, wornach die Entschädigung des Pächters in ½ des Pachts von der noch übrigen Pachtzeit besteht.

Worin besteht aber die Entschädigung und wie ist der angeführte §. 26. des Gesetzes mit dem Landrechtssatz 1722. zu vereinigen, wenn nur ein Thril des verpachteten Guts zum öffentlichen Nutzen abgetreten wird?

Antwort der Redaction.

Für den übrig bleibenden Gutstheil wird der Pachtzins nach S. 1722 (insofern keine Aufhebung des ganzen Pachtes statt hat) verhältnißmäßig gemindert, und von dem auf das abgetretene Gutsstück fallenden andern Antheil des Pachtzinses von der ganzen noch übrigen Dauer des Pachtes wird nach Satz 1746 ein Drittel als Entschädigung bemessen.

Die Minderung des Pachtzinses, von der im Satz 1722. die Rede ist, darf nämlich mit der Entschädigung in Fällen der Entwährung (S. 1719. No. 3. und S. 1727.) oder in Fällen der Veräußerung des Pachtguts (S. 1746.) nicht verwechselt werden.

Der Satz 1722. handelt von dem Fall, da die Bestandsache durch einen Zufall ganz oder theilweise zu Grund geht. Es soll in einem solchen Falle, wie der Schlußsatz des Artikels ausdrücklich sagt, keine Entschädigungen gefordert werden können, der Artikel unterscheidet also die Entschädigung von der verhältnißmäßigen Minderung des Bestandzinses, die er bei einem theilweisen Zugrundegehen der Bestandsache (mit Ausschluß der Entschädigung) zuläßt.

Digitized by Google

Bei der Zwangsabtretung eines verpachteten Guts geht das Abzutretende dem Eigenthümer durch höhere Gewalt, die für ihn ein Zufall ist, verloren. Es findet also der Satz 1722. auf solche Fälle Anwendung, und der Bestand erlöscht, wenn das ganze verpachtete Gut abgetreten werden muß, oder der Bestandzins wird verhältnißmäßig gemindert, wenn nur ein Theil des Guts abgetreten werden muß. Es kann jedoch in einem solchen Falle der Pächter nach Umständen auch die Auflösung des ganzen Pachts fordern, in welcher Beziehung hier die Bestimmung des Satzes 1636. analoge Anwendung findet.

Hiernach müßte der Pächter in dem einen wie in dem andern Falle nach Satz 1722. ohne Entschädigung abtreten, da die verhältnißmäßige Minderung des Pachtzinses eben so wenig, als im Falle der Pachtaufhebung die gänzliche Befreiung von der Pachtzinszahlung, eine Entschädigung ist.

Allein bei Berathung des Zwangsabtretungsgesetzes fand man billig und gerecht, mehr zu thun, als was blos die Anwendung der landrechtlichen Bestimmungen (S. 1722.) mit sich bringt, und dem Pächter noch die nämliche Entschädigung zuzuweisen, welche die Landrechtssätze 1745—1747. ihm da zuweisen, wo der Eigenthümer ihm das Pachtgut durch freiwillige Veräußerung desselben entzieht.

Diese Entschädigung besteht neben der Anwendung des S. 1722.

Umfaßt die Zwangsabtretung das ganze verpachtete Gut, so erlöscht der ganze Bestand, und es treten in Bezug auf das ganze Gut die Vorschriften der S. 1745—1747. ein.

Umfaßt die Zwangsabtretung nur einen Theil des Guts, so wird die Entschädigung nach S. 1745—1747. auch nur von dem der Abtretung unterworfenen Gutstheil beziehungsweise von dem auf diesen Gutstheil fallenden Betreffniß des Pachtzinses bemessen, und hinsichtlich des noch übrigen andern Gutstheils besteht der Pacht mit verhältnißmäßig gemindertem Pachtzinse fort. Wird er aber nach S. 1722., vergl. mit S. 1636., auch hinsichtlich dieses noch übrigen Gutstheils aufgehoben, so berührt dies die nach §. 26. des Gesetzes nur für das abzutretende Gut zu leistende Pachtentschädigung nicht.

Bei der Bestimmung, welcher Theil des Pachtzinses auf den abzutretenden und welcher auf den noch übrigen Theil des Guts zu rechnen sei, ist aber in Anschlag zu bringen, um was etwa der noch übrig bleibende Theil durch seine eigene Verkleinerung oder Zerstücklung wegen Erschwerung des Anbaues oder aus andern Gründen für den Inhaber an seinem Werthe verliert, indem eben hiefür nach §. 32. des Gesetzes der Eigenthümer ebenfalls Entschädigung erhält.

Setzen wir zur Verdeutlichung des Ganzen folgenden Fall:

Das verpachtete Gut mißt 2 Morgen, und der Pachtzins beträgt jährlich 80 fl. — Der Pacht dauert noch 4 Jahre. Von den 2 Morgen sollen 1¼ Morgen abgetreten werden.

Diese 1¼ Morgen sind von gleicher Qualität wie die übrigen ¾ M., daher würde es auf dieselben vom jährlichen Pachtzins 50 fl., und auf die letztern ¾ M. die andern 30 fl. treffen.

Nun wurde aber bei der Abschätzung angenommen, daß die übrigen ¾ M., welche ⅜ des Ganzen ausmachen, wegen verschiedener Unbequemlichkeiten, die aus der Verkleinerung hervorgehen, nicht mehr ⅜ des Ganzen werth sind. Der Morgen wurde zu 600 fl. geschätzt, es träfe also für die abzutretenden 1¼ M. 750 fl., während die übrig bleibenden ¾ M. 450 fl. werth wären. Allein wegen der erwähnten Werthsverminderung dieser übrig bleibenden ¾ M. wurde die Entschädigung nach §. 32. des Gesetzes auf 900 fl. statt nur auf 750 fl. bestimmt, dadurch also angenommen, daß die übrig bleibenden ¾ M. nur noch 300 fl., statt sonst verhältnißmäßig 450 fl., folglich nur noch ⅖ statt ⅜ des Ganzen werth seien.

Darum müssen nun auch vom Pachtzins zu 80 fl. auf das abgetretene Stück ⅗ mit 60 fl., und auf das übrige Stück ⅖ mit 20 fl. gerechnet werden.

Von den abgetretenen 1¼ M. macht der Pachtzins von jährlich 60 fl. für die noch übrigen 4 Pachtjahre 240 fl. Davon hat also der Pächter nach dem §. 26. des Gesetzes in Verbindung mit S. 1746. ⅓ mit 80 fl. als Entschädigung zu fordern.

Im Uebrigen bleibt er hinsichtlich der weitern ¾ M. um den auf 20 fl. geminderten Zins in Pacht, insofern er nicht nach S. 1722., vergl. mit S. 1636., auch hinsichtlich dieses Gutstheils die Auflösung des Pachts erwirkt.

Diese letztere Pachtregulirung oder Aufhebung berühret aber die Verwaltungsbehörde, welche die Zwangsabtretung betreibt, nicht, dagegen ist von ihr nach §. 26. des Gesetzes die auf 80 fl. berechnete Entschädigung für die 4 Pachtjahre von den abgetretenen 1¼ M. zu entrichten.

D. Red.

III.

Hofgericht des Oberrheins.

Kann eine Unterbrechung der gerichtlichen Verhandlungen und ungebührliche Verzögerung der Vergleichsunterhandlungen durch den Richter als eine Ladungsversagung angesehen und dagegen die Appellation angegriffen werden?

Die Vertreter der Zehntholden des Heiligengeistspitals zu Freiburg reichten im Oct. 1839 beim Stadtamte daselbst eine Vorstellung ein, worin sie unter Anführung

Digitized by Google

der seit Febr. 1838 vergeblich mit dem Zehntberechtigten geführten Unterhandlungen über ein gütliches Uebereinkommen mit Berufung auf die §§. 59 und 60. des Zehntgesetzes um Einleitung des gerichtlichen Verfahrens gegen den Zehntberechtigten baten. Das Stadtamt verfügte hierauf nach §. 60. des Gesetzes die Ladung. Nachdem die unerstreckliche dreimonatliche Frist umflossen war, ohne daß der Zehntberechtigte der Auflage gemäß oder auch nur irgend eine Erklärung abgegeben hatte, erklärten die klägerischen Vertreter durch ihren Anwalt, daß sie das Zehntrecht des Heiligengeistspitals so lange nicht anerkennen, bis derselbe der Auflage vom 15. Nov. (nämlich der Ladungsverfügung) entsprochen haben werde, und daß sie die Zehntreichtung aus diesem Grunde förmlich verweigern.

Die Mittheilung dieser Erklärung an den Stiftungsvorstand, die Person des Stadtamtsvorstandes, hatte eine von diesem unterzeichnete Erklärung des Stiftungsvorstandes Namens der zehntberechtigten Stiftung an das Stadtamt zur Folge, wornach der Ladungsverfügung vorerst nicht genügt werden könne, weil man noch keinen Abkömmissär habe bekommen können, mit dessen Aufsuchung man noch beschäftigt sei. Hierauf entspann sich ein Wechsel von Erklärungen des Anwalts der Zehntholden, die auf ihrer ausgesprochenen Ansicht beharrten, und des Stadtamtes, dessen Verfügungen von nun an von 2 und 3 Beamten unterzeichnet sind und eine gütliche Vereinbarung herbeizuführen suchten. Die Stiftungskommission erklärte am 16. Juni 1841 in einer von 2 Beamten unterzeichneten Eingabe an das Stadtamt, daß man mit den Vorbereitungsarbeiten beschäftigt sei, und daß, so lange sie den Weg gütlicher Uebereinkunft nicht von der Hand weise, nach §. 58. des Gesetzes von richterlichem Einschreiten (?) nicht die Rede sein könne. (?) Hierauf erging vom Stadtamte eine von demselben 2. Beamten unterzeichnete Verfügung, vom 28. Juni an den Anwalt der Zehntholden, welche jener von der Stiftungskommission ausgesprochenen Ansicht ganz konform war; der letztern ward zugleich in derselben Verfügung Beschleunigung empfohlen. Der Anwalt fand sich hierdurch veranlaßt, eine Anfrage an das Stadtamt zu richten; ob die eben gedachte Verfügung vom Richter oder von der Verwaltungsbehörde erlassen sei? Es erfolgte hierauf am 14. Juli eine wieder von dem 2. Beamten unterzeichnete Verfügung des Stadtamts an den Anwalt, worin die Ansicht ausgesprochen ist, daß der Zehntberechtigte einen Vergleich eingehen wolle, und diese Erklärung genüge, um vor der Hand dem gerichtlichen Verfahren noch nicht statt zu geben. Die Verwaltungsbehörde sei es gewesen, von welcher die Verfügung vom 28. Juni ausgegangen. Darauf stellte der Anwalt in einer Eingabe vom 26. Juli 1841 vor, daß die Sache schon seit Okt. 1839 im Rechtsweg anhängig sei, und bat um richterliche Verfügung.

Hierauf verfügte endlich das Stadtamt unterm 2. Aug.: „dem Exhibenten zu eröffnen, daß man ihn lediglich auf die Verfügung vom 28. Juni und 14. Juli verweise."

Gegen diese Verfügung führte der Anwalt der Zehntholden Beschwerde wegen Justizverweigerung, und eventuell bat er, die Schrift als Appellationsbeschwerde anzusehen. Auf die Aufforderung zur Erklärung, ob er die Schrift als Appellation oder als Beschwerdeführung betrachtet wissen wolle, — erklärte sich der Anwalt für die erstere. — (Die Ansicht, daß man nicht eventuell beide Arten der Beschwerde verbinden könne, kann Einsender dieses nicht theilen; es sind ihm auch von verschiedenen Gerichtshöfen Fälle bekannt, worin man solches für statthaft erklärte.)

Das Hofgericht entschied wie folgt, durch Dekret:

Die Berufung gegen die Verfügung des Großh. Stadtamts Freiburg vom 2. Aug. d. J. sei für unzulässig zu erklären, und Appellant in die Kosten zu verfällen.

Entscheidungsgründe.

Durch die Vorstellung der Zehntpflichtigen des Heiligengeistspitals zu Freiburg vom 17. Okt. 1839 ward unter der Anführung, daß mit dem Zehntberechtigten ein gütliches Uebereinkommen nicht habe zu Stande gebracht werden können, an das Stadtamt Freiburg das Begehren gestellt, die in §. 60. des Zehntablösungsgesetzes bezeichnete Aufforderung an den Zehntberechtigten ergehen zu lassen. Nach Inhalt der Eingabe und nach der Stellung der angerufenen §§. 59 und 60. in dem Zehntgesetze ist dieselbe als an den Richter gerichtet zu betrachten, und eben so auch die darauf ergangene Verfügung des Stadtamtes vom 15. Nov. 1839 als von dieser Stelle in ihrer Richtereigenschaft erlassen anzusehen. Wenn nun in der Folge die Zehntpflichtigen selbst, anstatt auf den Ausspruch des angedrohten Rechtsnachtheils zu dringen, sich, nachdem sie vorher in der Eingabe vom 24. März 1840 eine unsachgemäße Erklärung abgegeben, in ihrer Eingabe vom 11. Juli 1840 an das Stadtamt als Verwaltungsbehörde gewendet, und insofern die entstandene Verwirrung selbst veranlaßt haben, und wenn ferner das Stadtamt sofort in dieser Eigenschaft nach seiner eigenen Versicherung verfügt hat, und insbesondere die Verfügung vom 28. Juni und folgeweise auch die vom 14. Juli als Administrativverfügungen zu betrachten sind, so muß gleichwohl angenommen werden, daß das einmal eingeleitete gerichtliche Verfahren, da es nirgends ausdrücklich aufgegeben oder aufgehoben wurde, noch im Lauf und nur durch die eingeleiteten Vergleichsunterhandlungen und die ergangenen

Digitized by Google

Verwaltungsverfügungen unterbrochen worden sei. Die Verfügung vom 2. Aug. erscheint daher, da sie auf das Anrufen der Partei an den Richter erlassen worden ist, zwar als ein richterlicher Akt, ihrem Inhalt nach ist sie aber weder ein Erkenntniß im Sinne des §. 1172. noch eine Versagung der Ladung, welche letztere ja im Gegentheile schon unterm 15. Nov. 1839 verfügt worden ist; sie erscheint vielmehr lediglich als eine (wenn gleich unförmliche) Erstreckung der für die Vergleichsverhandlungen gegebenen Frist, und fällt daher, sofern die Appellanten sich dadurch für beschwert erachten, als Justizverzögerung unter den §. 1244. der Prozeßordnung. Eine deßfallsige Beschwerdeführung liegt zur Zeit nicht vor, nachdem in der Eingabe vom 14. Aug. d. J. für eine solche kein Begehren gestattet, und überdem in der Erklärung vom 28. Aug. d. J. von der seitherigen mit der Appellation kumulirten Beschwerdeführung abgegangen worden ist. Das Rechtsmittel der Berufung aber ist dem Angeführten nicht zulässig, weßhalb wie geschehen zu erkennen war.

Bei dem aus Obigem zu ersehenden Verfahren muß sich die Beeachtung aufdrängen, daß, wenn es schon an sich etwas Abnormes ist, denselben Beamten als Partei (Stiftungsvorstand) und Verwaltungsbehörde (Stadtamt qua Administrativ- oder Oberaufsichtsbehörde) funktioniren zu sehen, es vollends unzulässig erscheint, wenn damit zugleich noch die richterliche Funktion verbunden und durch dieselbe Person ausgeübt wird.

Zentner.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Bei Bernhard Friedrich Voigt in Weimar ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Das Pönitentiärsystem

medizinisch, rechtlich und philosophisch geprüft von Dr. L. A. Gosse (in Genf). Unter persönlicher Mitwirkung des Verf. übersetzt und vermehrt von Dr. A. Martiny.

gr. 8. 1½ Rthlr. od. fl. 2. 42 kr.

Amerika hat längst für seine Verbrecher Besserungshäuser und verwendet auf deren Vervollkommnung, so wie auf die seines Strafsystems jährlich große Summen. Die Schweiz zählt bereits vier solche Anstalten. England, Frankreich und Belgien sind nach deren Vorbild mit einer Reform ihres Gefangenwesens beschäftigt. — Deutschland allein noch speculirt und philosophirt, während seine Verbrecher in Zuchthäusern verwildern und verkümmern, die ihm als eine drückende Last einen Theil seiner ohnedies nicht reichen Hülfsquellen verzehren. — Aber wer wollte deshalb den Deutschen ihren regen Sinn für Humanität absprechen? — Nun denn, so wenden wir uns an Alle, denen Fortschritte in der Humanität als die höchste Aufgabe gelten, besonders aber an Regierungen, Criminalisten, Aerzte und alle Menschenfreunde, die durch Wort und That etwas zur Linderung des physischen und moralischen Elends der Gefangenen und Entlassenen beizutragen Beruf, Kraft und Willen in sich fühlen, ihnen das Werk eines Gelehrten von europäischem Rufe bietend, der seine zwar eigenthümlichen Ansichten aus der genauesten Kenntniß und sorgfältigsten Prüfung der Pönitenzanstalt zu Genf schöpfte, von welcher der große Heidelberger Criminalist sagt:

„Die Strafanstalt von Genf ist es, welche die höchste Aufmerksamkeit verdient. Schon nach ihrer Anlage als Modifikation des amerikanischen Systems, den europäischen Ansichten angepaßt, seit ihrer Begründung durch gemachte Erfahrungen mannigfach verbessert, muß sie von allen europäischen Gesetzgebern studirt und zum Muster genommen werden."

Es verbindet dieses Werk mit der detaillirtesten Darstellung der Pönitenzsysteme im Allgemeinen eine in die Grundsätze und Einrichtungen aller bisher bestehenden Besserungsanstalten, eine auf das innerste ursprüngliche Wesen des Menschen, auf seine Rechte und Pflichten als Staatsbürger und auf den praktischen Nutzen dieser Anstalten begründete Kritik, und kann so mit Recht, mit Mittermaier (siehe Jahrbuch f. Crim.), als das umfassendste und geistreichste aller in und außer Deutschland über diesen Gegenstand existirenden Werke betrachtet werden.

Im Verlage des Unterzeichneten ist so eben erschienen und kann durch alle Buchhandlungen Badens und des Auslandes bezogen werden:

Proceß-Ordnung

in

bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

für das

Großherzogthum Baden.

Aus Quellen der Gesetzgebung, richterlichen Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte

erläutert

von

Wilhelm Thilo,

großherzoglich badischem Hofgerichtsrathe in Rastatt.

Taschenformat 57 Bogen, gebunden: fl. 4. 48 kr.

Karlsruhe, 3. November 1841.

Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 13. November 1841.

I.

Ueber den Entwurf eines Straßengesetzes.

§. 1.

Die Regierung hat der 2. Kammer den Entwurf eines Gesetzes, die Eintheilung, den Bau und die Unterhaltung der öffentlichen Wege betreffend, vorgelegt. Derselbe wird voraussichtlich in Bälde zur Berathung kommen. Es wird daher nicht unangemessen sein, das Wesentlichste desselben, die Prinzipien, auf denen es beruht, schon jetzt, ehe die ständische Berathung darüber beginnt, öffentlich zu besprechen und etwa auch Urtheile Anderer darüber zu veranlassen.

Der Entwurf theilt die öffentlichen Wege in drei Klassen ein: in Staatsstraßen, Bezirksstraßen und Gemeindewege. Er gibt Vorschriften über die Pflicht zur Bauführung, über die Pflicht zur Bestreitung des Bauaufwandes, sodann über das Verfahren zur Bildung der Konkurrentschaften, welche den Aufwand zu bestreiten haben, über das Verfahren bei Vertheilung des Aufwandes unter dieselben, und endlich einige ergänzende Separat-Bestimmungen.

Ein Theil der Staatsstraßen soll in Bezirksstraßen verwandelt werden, welche von den näher betheiligten Gemeinden des von der Straße durchzogenen Bezirks zu unterhalten wären, und in gleicher Weise sollen die bei den Staatsstraßen nähere betheiligten Gemeinden auch Beiträge zum Aufwand für diese Straßen leisten.

§. 2.

Es bezweckt der Entwurf wohl nicht nur die Gewinnung weiterer Mittel zur Verbesserung und Vervollständigung des ganzen Straßennetzes, von dessen Zustand die Leichtigkeit des öffentlichen Verkehes wesentlich abhängt, — sondern es soll dadurch zugleich mehr Gerechtigkeit, nämlich eine größere Rechtsgleichheit in Tragung der öffentlichen Lasten, so weit sie sich auf den Straßenbau beziehen, erzielt werden. Unverkennbar ist es eine Unbilligkeit, daß jetzt eine Gemeinde zu ihrem Verkehr mit andern nähern und entferntern Oeten die Verbindungswege als s. g. Vicinal-Wege innerhalb ihrer Gemarkung nach verschiedenen Richtungen hin auf ihre alleinigen Kosten herstellen und unterhalten muß, während die andere Gemeinde, die an Chaussee'n liegt, diese als ihre Vicinal-Wege benützt und daher außer andern Vortheilen, die ihr die Chaussee gewähet, für ihren eigenen Verkehr eine besser unterhaltene Straße gebraucht, ohne zur Unterhaltung derselben auch nur einen Kreuzer beizutragen. Das Drängen und Treiben der noch minder begünstigten Gemeinden, in ihre Gegend ebenfalls Staatsstraßen zu erhalten, ist darnach sehr erklärlich. Aber gerecht ist es auch, auf Beseitigung einer solchen Ungleichheit hinzuwirken, und daher entweder die Vicinal-Wege ebenfalls auf Staatskosten zu unterhalten, oder aber, da dies zu weit führen würde, die Gemeinden, welche die Staatsstraßen als ihren Vicinal-Weg benützen, zu einem Unterhalts-Beitrag beizuziehen, der dem Aufwand entspräche, den sie für ihre Vicinal-Wege zu tragen hätten, wenn keine Staatsstraße vorhanden wäre.

Dies zur Rechtfeetigung eines derartigen Gesetzes im Allgemeinen.

§. 3.

Wer den hier angegebenen Zweck des Gesetzes begründet findet, der muß sich eben damit im Allgemeinen auch für das, dem Entwurf zu Grund liegende System entscheiden, wornach nur diejenigen Gemeinden, die von der Straße ihrer Nähe wegen besonderen Gebrauch machen, zu Beiträgen angehalten werden sollen, — und er kann dem Systeme nicht beistimmen, nach welchem Straßen in Staats- und Kreis- oder Bezirksstraßen und Gemeindewege mit der Wirkung abgetheilt werden, daß die Staatsstraßen vom ganzen Staat, die Kreis- oder Bezirksstraßen vom ganzen Kreis oder Bezirk, ohne Unterscheidung zwischen nä[illegible] entfernter gelegenen Orten, und endlich die Ge[illegible] von den einzelnen Gemeinden zu bauen und zu [illegible]n seien.

Digitized by Google

Dieses letztere System ist allerdings einfacher, aber es beseitigt die oben erwähnte Rechtsungleichheit nicht, es macht sie im Gegentheil noch schroffer. Das, was der Bewohner eines Kreises oder Bezirks jetzt für die Chaussee'n zu den allgemeinen Staatsstraßen beiträgt, ist weniger auffallend und widerlich, als wenn er zu einer besondern Umlage des Kreises oder Bezirks für eine Straße, die ihm entfernt liegt, und die er das ganze Jahr über nie benützen kann, beizutragen hätte.

Man darf das Großherzogthum in dieser Beziehung nicht mit jenen Ländern vergleichen, welche eigene ökonomische Kreis- oder Bezirksverwaltungen haben, wo nämlich Kreis- oder Bezirksverbände bestehen, welche alle, den Kreis oder Bezirk näher berührenden, öffentlichen Lasten für sich allein bestreiten. —

Die Verschiedenartigkeit dieser öffentlichen Lasten, von welchen die Eine diesem, die Andere jenem Punkte des Kreises oder Bezirks näher oder unmittelbarer Vortheil bringt, macht eine Ausgleichung möglich, wie gegenwärtig im gesammten Staatsverband, wo der eine Ort von dieser der Andere von jener Staatseinrichtung einen größern örtlichen Vortheil hat, daher alle diese Vortheile im Ganzen annähernd sich wieder ausgleichen. Da wir aber keine Kreis- oder Bezirksverbände dieser Art haben, und von Einführung derselben auch nirgends die Rede ist, es also einer Prüfung der Frage, ob nach dem Umfange unseres Landes und nach sonstigen Verhältnissen solche Verbände wünschenswerth wären, zur Zeit nicht bedarf, und da es sich nur darum handelt, ob solche Verbände speziell für den Straßenbau errichtet werden sollen, wobei eine Ausgleichung der erwähnten Art nicht stattfände, so kann ich die gedachte Eintheilung nicht billigen, ziehe vielmehr im Allgemeinen das System des Entwurfs vor, wornach nur die einzelnen Gemeinden, welche von der Staats- oder Bezirksstraße ihrer örtlichen Lage nach besondern Gebrauch machen, zu Beiträgen zugezogen werden sollen. —

§. 4.

Es erhebt sich dabei aber die Frage: ob es bei diesem Systeme überhaupt noch einer Abtheilung in Staats- und Bezirksstraßen bedürfe, und ob man nicht vielmehr, mit Ausnahme der von jeder Gemeinde zu unterhaltenden Vicinal-Wege, alle andern Straßen als Staatsstraßen beibehalten sollte, wie es gegenwärtig der Fall ist, wenn man von den wenigen, nach §. 2 der Straßenordnung vom 7. Mai 1810 eingeführten, Kommunikations-Wege absieht.

Nach dem Zwecke des vorliegenden Gesetzes liegt ein hinreichender Grund zur Abtheilung [redacted]- und Bezirksstraßen nicht vor. Jede Gemeinde [redacted] Weg, den sie nicht als ihren eigenen selbst unterhält, den sie aber doch als den Ihrigen benützt, einen dieser Benützung entsprechenden Beitrag leisten, ob man diesen Weg nun Staats-, oder ob man ihn Bezirksstraße nenne.

Nur in Bezug auf die Naturalunterhaltung könnte ein Unterschied gemacht werden, indem man diejenigen Straßen, welche nicht dem allgemeinen Landesverkehr unterliegen, aber doch keine bloße Gemeindewege sind, den speziell betheiligten Gemeinden des einschlägigen Bezirks zur eigenen Unterhaltung überlassen mag, statt diese Gemeinden zu Geldbeiträgen für die Staatsunterhaltung beizuziehen. Dies dürfte aber, um keine Rechtsungleichheit herbeizuführen, nur auf den Antrag der betheiligten Gemeinden selbst geschehen, wo diese nämlich, um von den Geldbeiträgen frei zu werden, vorzögen, die Straße selbst zu unterhalten. Dazu könnten alsdann auch noch erst neu zu errichtende Straßen dieser Art kommen. Verlangen nämlich Gemeinden, daß eine noch nicht im Chausseeverband befindliche Straße in denselben aufgenommen werde, und wird dieses Gesuch als nicht hinlänglich begründet zurückgewiesen, so muß ihnen immerhin überlassen bleiben, die Straße nach den Grundsätzen von Bezirksstraßen zu unterhalten, und es würden namentlich auch die nach §. 2 der Straßenordnung von 1810 bestehenden Kommunikationswege künftig nach diesen Grundsätzen zu behandeln sein.

Auf solche Weise ergiebt sich übrigens jedenfalls neben den die Regel bildenden Staats- und Gemeindewegen auch eine Klasse von Bezirksstraßen, welche sich von den Staatsstraßen außer der Form des Baues noch dadurch unterscheiden, daß sie von denjenigen Gemeinden, welche dazu als zu Staatsstraßen Geldbeiträge zu leisten hätten, nach dem nämlichen Verhältnisse in Natura unterhalten werden. Das Prinzip für diese Unterhaltpflicht und für das Maß derselben müßte aber dasselbe sein, wie jenes für die Pflicht und das Maß der Beiträge zu den Staatsstraßen.

§. 5.

In Bezug auf dieses Prinzip selbst entsteht nun, betreffe es Staats- oder Bezirksstraßen, die weitere sehr wichtige Frage:

> In welcher Weise sollen die Beiträge berechnet, beziehungsweise wie soll der Aufwand unter die Konkurrenz-Gemeinden vertheilt werden?

Nehmen wir, um die Grundsätze daran zu erklären, eine Bezirksstraße als Beispiel an:

Nach dem §. 8 Nr. 2 des Entwurfs sollen sämmtliche beim Bestehen der Straße näher betheiligte Gemeinden in eine Konkurrentschaft eintreten, und nach §. 22 gelten die

Digitized by Google

jenigen Gemeinden als näher betheiligt, deren Gemarkung von der Straße durchschnitten wird, oder deren Ortsetter dem gewöhnlichen Wege nach doch nicht über ¾ Stunde davon entfernt ist.

Von diesen näher betheiligten Gemeinden sollen nun nach §. 34 jene, deren Gemarkungen von der Straße durchschnitten werden, nach Verhältniß der Straßenlänge innerhalb ihrer Gemarkung ein Viertel des Gesammtaufwands übernehmen, und die übrigen drei Viertel sollen auf sämmtliche Konkurrenz-Gemeinden nach Verhältniß ihres Steuerkapitals ausgeschlagen werden, in der Art, daß die einzelnen Gemeinden, je nach dem ihr Ortsetter von der Straße berührt wird, oder von derselben bis zu ½ Stunde, oder über ½ Stunde entfernt bleibt, mit dem ganzen Steuerkapital, beziehungsweise mit drei Viertel, oder der Hälfte desselben in Ansatz kommen. —

Es fragt sich, ob dieses Verhältniß ein richtiges sei? —

§. 6.

Nach dem Rechtsgrund, aus welchem die Gemeinden zu Beiträgen beigezogen werden, sollte man eigentlich sagen: es habe jede derselben nach dem Verhältnisse dessen beizutragen, was sie wegen des Daseins der Staats- oder Bezirksstraße weniger für den Bau und die Unterhaltung eigener Vicinalwege zu verwenden habe.

Allein das Princip für die Herstellung und Unterhaltung der Vicinalwege selbst ist ebenfalls kein gerechtes, denn die Ausdehnung einer Gemarkung nach einer gewissen Richtung hin, kann kein Rechtstitel sein, den Verbindungsweg mit der Nachbargemeinde so weit, als die Gemarkung reicht, zu unterhalten.

Es kann dadurch eine Gemeinde zum Vortheil oder zum Nachtheil der Andern, mit welcher sie der Weg verbindet, im Verhältniß zu der letztern ganz außerordentlich zu viel oder zu wenig belastet werden; sie kann von dem gemeinschaftlichen Wege, wegen der Ausdehnung der Gemarkung in einer gewissen Richtung den größern Theil übernehmen müssen, während vielleicht die 10mal größere Nachbargemeinde den Weg auch 10mal mehr benützt.

Ist dies schon ein schwer zu beseitigender Mißstand, bei der Festsetzung der Unterhaltung von Gemeindewegen (Vicinalwegen), so ist er noch viel größer und greller, wenn man den nämlichen Maaßstab auch auf die größeren zu Gunsten des Landes- oder Bezirksverkehrs errichteten Straßen anwendet.

§. 7.

Das Princip des Beitrags bei diesen Concurrenzstraßen kann nur in dem größern oder geringern Gebrauche liegen, welchen eine Gemeinde in ihrem gewöhnlichen Verkehre von der Straße macht. —

Sind nun die in dem §. 34 des Entwurfs angegebenen Verhältnißzahlen diesem Prinzipe entsprechend?

Ich finde Bedenken, diese Frage zu bejahen. — Wird z. B. die Gemarkung einer kleinen Gemeinde der Länge nach von der Straße durchschnitten, so kann sie dadurch, daß ein Viertel des Gesammtaufwands vorhinweg nach der Straßenlänge in den einzelnen Gemarkungen vertheilt wird, im Verhältniß zu großen Gemeinden sehr beschwert sein, und wenn die andern drei Viertel des Aufwandes nach den Steuerkapitalien vertheilt werden, so ist dabei der Vortheil der größern oder geringern Nähe nicht gehörig berücksichtigt, wenn man diejenige Gemeinde, an deren Etter die (denselben nicht ganz berührende) Straße nahe vorbeizieht, gleichstellt mit jener, von der sie eine halbe Stunde entfernt ist, und die vielleicht erst in noch weit größerer Entfernung auf dem durch sie selbst unterhaltenen Vicinalwege die Straße erreicht.

Zwar muß man überall, wo einmal eine Abtheilung in Klassen nach relativen Größen nöthig ist, irgend eine Zahl als die Gränze der einen und der andern Klasse willkührlich annehmen, mag es auch noch so auffallend sein, daß ¹/₁₀₀ mehr oder ¹/₁₀₀ weniger alsbald einen so großen Unterschied in den rechtlichen Folgen hervorbringe.

Allein immerhin muß man bei solchen Abtheilungen bedacht sein, der Wahrheit so viel, als möglich, nahe zu bleiben, und man muß sie überhaupt vermeiden, so lange man einen der Wirklichkeit selbst entsprechenden Maßstab aufzufinden vermag.

§. 8.

Hier ist nun eine solche Abscheidung insofern nothwendig, als es sich um die Gränzlinie handelt, bis zu welcher Entfernung eine Gemeinde noch als eine näher Betheiligte überhaupt in die Konkurrentschaft zu ziehen sei.

Man kann einen Weg nicht nur auf 1 Stunde, sondern auf 10 und 20 Stunden, oder noch weiter hin benützen; allein bei solcher Entfernung kann, wenn man ein Straßengeld einführt, wohl der wirkliche Gebrauch des Einzelnen, nicht aber (gleichsam bauschweise) die Möglichkeit des Gebrauchs der Gesammtheit der Einwohner einer Gemeinde besteuert werden. Ein solcher allgemeiner Beitrag, der als ein Surrogat der Unterhaltung eigener Verbindungswege mit der Nachbarschaft gilt, kann nur für den gewöhnlichen häufigen Verkehr einer Gemeinde, also nur von den der Straße nahe liegenden Gemeinden gefordert werden.

Welcher Rayon hiebei zu ziehen, d. h. bis zu welcher Entfernung die Gemeinden als näher betheiligt zu betrach-

Digitized by Google

ten seien, ist Gegenstand des Arbitrirens. Eine absolute Wahrheit giebt es hier nicht. Nur so viel ist klar, daß man nicht darauf sehen darf, wie weit ein Ort in senkrechter Linie von der Straße entfernt sei, sondern darauf, in welcher Distanz vom Orte aus der Vicinalweg in der einen und in der andern Richtung auf die Straße führt, denn nur von hier an benützt die Gemeinde die Straße, hinsichtlich deren es sich um ihre Betheiligung handelt.

Unter dieser Voraussetzung dürfte übrigens die vom Entwurf angenommene Entfernung von ¾ Stunden wohl als zu gering erscheinen.

§. 9.

Ist aber einmal die Grenzlinie festgesetzt, von welcher an eine Gemeinde als näher betheiligt überhaupt noch beigezogen werde, so bedarf es der weitern willkührlichen Bestimmungen des §. 34 nicht mehr, in welchem Verhältnisse die unmittelbar angrenzenden, die bis zu ½ Stunde entfernten und die weiter entfernten Orte unter einander die Last zu vertheilen haben.

Hier kann die Wirklichkeit an die Stelle der Fiktion treten, und es ist nicht nöthig, das Steuerkapital nach festen Klassen gerade nur entweder ganz, oder zu drei Viertel, oder zur Hälfte beizuziehen. Man ziehe es vielmehr nach dem wahren Verhältnisse der Straßenstrecke bei, welche die Gemeinde innerhalb des festgesetzten Rayons wirklich benützt, und berücksichtige dabei nicht, ob diese Benützung (innerhalb des allgemein gleichförmig angenommenen Umkreises) auf der eigenen oder auf fremder Gemarkung statt habe.

Die größere oder geringere Benützung der Strafe innerhalb des als Merkmal der näheren Betheiligung angenommenen Umkreises muß nämlich den Maßstab für das Beitragsverhältniß abgeben, und jene größere oder geringere Benützung ist das Produkt zweier Faktoren. Der eine Faktor ist extensiver, der Andere intensiver Natur. Der Erstere bezieht sich auf die Strecke, welche eine Gemeinde innerhalb jenes Umkreises benützt, und die Letztere auf die Stärke (Häufigkeit) der Benützung.

§. 10.

Was nun die innerhalb des festgesetzten Umkreises von einer Gemeinde benützte Straßenstrecke betrifft, so ist nicht zu verkennen, daß sie auch bei gleicher Ausdehnung für die Gemeinde von größerem oder geringerem Werthe ist, je nachdem sie dem Orte selbst näher oder entfernter liegt. Die Gemeinde macht von dem näher gelegenen Theile naturgemäß einen stärkern Gebrauch, als von dem Entferntern, und wenn man bei Bestimmung der nähern Betheiligung, beziehungsweise der Konkurrenzpflichtigkeit die Benützung der Straße etwa bis auf 2 Stunden Ortsentfernung in Anschlag brächte, d. h. den erwähnten Umkreis der nähern Betheiligung auf 2 Stunden bestimmte, so wäre klar, daß diejenige Gemeinde, die erst in der Entfernung von einer Stunde auf ihrem eigenen Vicinal-Wege die Straße erreicht, von jenen 2 Stunden also nur die Hälfte (der Ausdehnung nach) benützt, davon innerhalb jener 2 Stunden immerhin bei weitem nicht halb so viel, als wenn sie selbst an der Straße läge, Gebrauch machen würde. —

Es wird daher billig sein, daß man die näher gelegene Strecke, welche die an der Straße liegende Gemeinde ebenfalls benützt, höher in Anschlag bringt, als die entferntere gelegene.

Nähme man die nähere Betheiligung, oder Konkurrenzpflichtigkeit der Gemeinden z. B. bis zu einer Ortsentfernung von 2700 Ruthen (zwei kleinen Stunden) an, so wäre billig, daß man die ersten 900 Ruthen ganz, die zweiten 900 Ruthen nur zu ⅔, somit als 600 Ruthen, und die entfernteste Abtheilung von 900 Ruthen nur zu ⅓, somit als 300 Ruthen in Anschlag brächte.

Unter dieser Voraussetzung kämen der Gemeinde, welche an der Straße liegt, die gedachten 2700 Ruthen folgendermaßen in Rechnung:

Das erste ein Drittel mit 900 Ruthen ganz	900 Ruthen
„ zweite Drittel mit 900 Ruthen zu ⅔	600 „
„ dritte Drittel mit 900 Ruthen zu ⅓	300 „
Im Ganzen . . .	1800 Ruthen

Läge die Gemeinde dem gewöhnlichen Wege nach 800 Ruthen von der Straße entfernt, so würden ihr in Bezug auf ihre nähere Betheiligung folgende Straßenstrecken in Aufrechnung kommen:

vom ersten Drittel per 900 Ruthen hätte sie, da sie 800 Ruthen entfernt liegt, nur noch zu benützen .	100 Ruthen
das zweite Drittel käme ihr mit	600 „
und das letzte Drittel mit	300 „
in Anschlag, so daß sie bei	1000 Ruthen

als betheiligt, oder Konkurrenzpflichtig erschiene.

Setzen wir endlich eine Gemeinde voraus, die ihrem gewöhnlichen Wege nach 2100 Ruthen von der Straße entfernt wäre, so würde die Straßenstrecke, bei der sie betheiligt ist, zu berechnen sein, wie folgt:

das erste und zweite Drittel käme, da die Gemeinde weiter als 1800 Ruthen von der Straße entfernt wäre, gar nicht in Anschlag, und die über Abzug der 2100 Ruthen in der dritten Abtheilung erübrigte Strecke von 600 Ruthen käme nur zu ⅓ in Anschlag, also nur zu 200 Ruthen.

Digitized by Google

Der eine Faktor, nachdem sich die größere oder geringere Benützung der Straße beziehungsweise die Betheiligung der Gemeinde bestimmt, nämlich die benützte Straßenlänge, wäre also bei der ersten Gemeinde zu 1800, bei der andern zu 1000, und bei der letzten Gemeinde zu 200 Ruthen anzunehmen.

§. 11.

Der andere Faktor, nämlich die intensive Stärke der Benützung der Straße auf einer und derselben Strecke, wird annähernd dargestellt durch das gesammte Steuerkapital, oder noch richtiger, wenn man blos das Güter- und Gewerbsteuerkapital in Rechnung bringt. Je größer der Wald- und Landwirthschaftsbetrieb, und je größer der Gewerbsbetrieb einer Gemeinde ist, desto stärker ist in der Regel auch ihr Verkehr auf der Gemarkung und mit den benachbarten Gemeinden, und beiläufig in demselben Verhältniß steigt auch ihre Bevölkerung.

Will man also die Verhältnißzahl finden, nach welcher eine Gemeinde gegenüber Andern eine Straße innerhalb des von allen Gemeinden zu vertretenden Umkreises benützt, so multiplicire man ihr, die intensive Stärke des Gebrauchs darstellendes Güter- und Gewerbsteuercapital mit der von ihr zu vertretenden Ruthenzahl der Straßenstrecke.

Bei den gedachten drei Gemeinden wäre das Güter- und Gewerbsteuercapital bei der ersten Gemeinde mit 1800, bei der zweiten mit 1000, und bei der dritten mit 200 zu multipliciren.

§. 12.

Wenn die Straße (wie es die Regel ist) von der Gemeinde in zwei entgegen gesetzten Richtungen benützt wird, so sind die auf beiden Seiten benützten Straßenstrecken nach der obigen Berechnung in Anschlag zu bringen.

Durchzieht also die Straße den Ortsetter, so kommen der Gemeinde (sofern die Straße nach beiden Seiten überhaupt noch wenigstens 2700 Ruthen lang sich ausdehnt) die oben berechneten 1800 Ruthen geradezu doppelt in Rechnung. —

Bei einer Straße, die in einiger Entfernung vom Orts-Etter vorbeizieht, kann dagegen die Gemeinde in der einen Richtung etwa näher auf dieselbe gelangen, als in der andern. In diesem Falle sind die benützten Straßenstrecken nach beiden Seiten besonders zu berechnen, und zusammen zu zählen, sodann, wie bereits angegeben wurde, mit dem Steuercapital zu multipliren.

§. 13.

Ist auf solche Weise für jede in den Rayon fallende Gemeinde durch Multiplikation ihrer Steuercapitalien mit der von ihr zu vertretenden Straßenstrecke (in Ruthen) die Verhältnißzahl gefunden, nach welcher sie in die Konkurrentschaft aufzunehmen ist, so wird nach diesen Verhältnißzahlen allee betheiligten Gemeinden der gesammte Aufwand vertheilt.

Vorher ist jedoch der Gesammtaufwand geeigneten Falles auf das im §. 9 bestimmte Maximum der auszuschlagenden Summe zu reduciren, und ebenso nach geschehener Vertheilung das Betreffniß der einzelnen Gemeinden, insoweit es das in §. 9 Nr. 2 bestimmte Maximum überschreitet, welch letzteres besonders da Anwendung finden mag, wo eine Gemeinde von mehreren Straßen durchkreuzt wird, ihr also nach verschiedenen Richtungen hin Straßenstrecken in Aufrechnung kommen.

§. 14.

So wie auf die hier dargestellte Weise bei Bezirksstraßen die Konkurrenzgemeinden zu ermitteln und ihre Beitragsverhältnisse zu bestimmen wären, ebenso hätte dies auch hinsichtlich der Staatsstraßen in der Art zu geschehen, daß nach dem §. 34 des Entwurfs das ganze Netz von Staatsstraßen nur als ein einziger zusammenhängender Straßenzug gleich einer einzelnen Bezirksstraße behandelt, folglich aus allen an den Staatssteaßen oder in der bestimmten Nähe derselben liegenden Orten nur eine einzige Concurrentschaft gebildet wird. Der Unterschied bestände nur darin, daß hier die Beiträge in Geld zu berechnen, bei den Bezirksstraßen aber die Naturalunterhaltung der Straßen unter die betheiligten Gemeinden zu repartiren wäre.

In der letztern Beziehung würde ich nämlich für die Bezirksstraßen, deren Naturalunterhaltung den betheiligten Gemeinden überlassen werden soll, die Bestimmung treffen, daß jede Gemeinde eine ihrer Beitragspflicht entsprechende Straßenstrecke im Stück zugetheilt erhielte, und daß nur da, wo eine schickliche Eintheilung sich nicht machen ließe und eine Gemeinde etwa auf eine ihr zu entfernt liegende Straßenstrecke angewiesen werden müßte, auf Antrag dieser Gemeinde selbst, die Zutheilung der Naturalunterhaltung an eine andere Gemeinde gegen Vergütung des berechneten Aufwands geschehen dürfte.

§. 15.

Nimmt man den hier dargestellten Maaßstab für die Betheiligung an, so wäre der Absatz 2. des §. 22 des Entwurfs folgendermaßen zu fassen:

„Als näher betheiligt sind diejenigen Gemeinden zu betrachten, deren Ortsetter von der Straße durchschnitten wird, oder dem bestehenden Wege nach doch weniger als 2700 Ruthen von der Straße entfernt ist."

Ebenso würde der Absatz 2 des §. 30 lauten:

„In dieselbe (in die Konkurrentschaft) gehören alle diejenigen Gemeinden, deren Ortsetter von der Staatsstraße durchschnitten wird, oder dem bestehenden Wege nach weniger als 2700 Ruthen von derselben entfernt ist."

Digitized by Google

Der zweite Absatz des §. 34 würde lauten:

„Das Gesammtsteuercapital (oder das Güter- und Gewerbsteuercapital) einer Gemeinde multiplicirt mit der Ruthenzahl der Straßenstrecke, welche die Gemeinde in den beiden Richtungen der Straßen bis zu 2700 Ruthen Entfernung vom Ortsetter an, zu ihrem Verkehre benützt, bildet die Verhältnißzahl, nach welcher sie mit den andern Konkurrenzgemeinden den Aufwand zu tragen hat."

„Die Straßenstrecke, welche eine Gemeinde innerhalb der nächsten 900 Ruthen vom Ortsetter an benützt, kommt dabei ihrem vollen Maaße nach, jene, welche sie innerhalb der weiter folgenden 900 Ruthen benützt, mit zwei Drittel ihres wirklichen Maaßes, und jene, welche sie innerhalb der letztern 900 Ruthen benützt, mit einem Drittel ihres wirklichen Maaßes in Berechnung."

Verschiedene andere Artikel müßten, um sie mit dem hier dargestellten Principe in Einklang zu bringen, modificirt, und mehrere auch ganz weggelassen werden.

§. 16.

Namentlich wäre es als ein Gewinn zu betrachten, daß die §§. 23. 34 und 35, welche arbitraire Ausnahmen von den aufgestellten Regeln aufführen, weggelassen werden könnten, indem voraussichtlich diese Artikel einen großen Zankapfel abgeben würden. —

Die in jenen 3 Artikeln gestatteten ausnahmsweisen Befreiungen von der Concurrentschaft wären nur nöthig, wenn nach dem Entwurfe jede Gemeinde, deren Gemarkung von der Straße durchschnitten wird, Konkurrenzpflichtig würde, während sie vielleicht erst in weiter Ferne mittelst der Vicinalwege auf die Straße gelangt. — Sie ist aber unnöthig, wenn eine Gemeinde nach dem obigen Vorschlage ohne Rücksicht auf die Gemarkung nur diejenige Straßenstrecke zu vertreten hat, die sie innerhalb des allgemein festgesetzten Umkreises (etwa auf ihren Vicinalwegen dahin gelangend) wirklich benützt.

Ebenso ist die in den gedachten 3 Artikeln arbitrair gestattete ausnahmsweise Beiziehung einer nach der gesetzlichen Regel nicht Konkurrenzpflichtigen Gemeinde nicht mehr nöthig, wenn man nach dem Obigen den Umkreis, bis zu welchem die Gemeinden Konkurrenzpflichtig sein sollen, von ¾ Stunden (etwa 1111 Ruthen) auf 2700 Ruthen ausdehnt. B.

II.

Wer hat den Beweis zu führen, wenn die Aechtheit eines eigenhändigen Testaments abgeläugnet wird?

Laukhard Rechtsfälle II. Band Seite 145—149.

Von der allgemeinen Regel, daß die abgeläugnete Aechtheit eines eigenhändigen Testaments von dem Testamentserben bewiesen werden müsse, hat man in Frankreich die Ausnahme gemacht, daß der Testamentserbe, wenn er nach Landrechtsätze 1006, 1008 bereits in den Besitz des Nachlassers eingewiesen worden sei, nicht den Beweis der Aechtheit, sondern vielmehr der Gegentheil den Beweis der Unächtheit des eigenhändigen Testaments zu führen habe.

Diese, durch den französischen Gerichtsgebrauch sanktionirte Ansicht hat Zachariä in §. 669 der dritten Auflage seines Handbuchs des französischen Civilrechts gebilliget, in §. 669 der vierten Auflage aber bestritten, mit dem Beifügen, daß obige Frage allerdings sehr zweifelhaft, und mit der Frage nahe verwandt sei: ob bei der actio negatoria, wenn der Beklagte in quasi possessione servitutis sich befinde, dieser dennoch, oder aber der Kläger den Beweis zu führen habe? Die letztere Frage liegt bei uns jetzt nicht mehr im Streit, sondern ist dahin entschieden, daß der Beklagte unbedingt beweispflichtig sei. Zachariä a. a. O. 4. Auflage §. 219. Annalen II. Nr. 7, III. Nr. 5, 43.

Was nun die Eingangs aufgestellte Frage betrifft, so will ich sie durch folgende Ausführung aufzulösen versuchen.

Eine öffentliche Urkunde beweist für sich, d. h. ohne daß eine vorläufige Anerkennung oder Bewahrheitung der Aechtheit der Urkunde erforderlich wäre, alles was sie enthält, vollkommen. Landrechtsatz 1319. Die verneinende Erklärung auf eine öffentliche Urkunde benimmt daher derselben nichts an ihrem Werthe, insofern sich der Gegentheil nicht zum Beweise anbietet und solchen wirklich führt, daß die Urkunde falsch oder verfälscht sei. §. 438 der Prozeßordnung. Hingegen beweist eine Privaturkunde nicht schon für sich, sondern nur insofern als sie von der Gegenpartei anerkannt oder auf gesetzliche Weise für anerkannt erklärt ist. Landeechtsatz 1322. Deßhalb bewirkt die verneinende Erklärung auf eine Privaturkunde, daß der Beweisführer nunmehr den Beweis der Aechtheit desselben zu übernehmen hat. §. 439 der Prozeßordnung. Code de procedur Art. 195 ff.

Eine Urkunde, welche ein eigenhändiges Testament enthält, ist nun nichts anderes, als eine Privaturkunde. Landrechtsatz 970. Demgemäß gelten auf ein eigenhändiges Testament alle Bestimmungen über die Beweiskraft der Privaturkunden, vornehmlich auch die Bestimmung, daß der Beweisführer den Beweis der abgeläugneten Aechtheit zu führen habe. Von dieser Beweispflicht könnte einzig und allein eine Rechtsvermuthung befreien. Landrechtsatz 1352 §. 400 der Prozeßordnung. Eine Rechtsvermuthung entsteht aber nur durch die ausdrückliche Vorschrift eines Gesetzes, Landrechtsatz 1350, und es fehlt nun überall an einem Gesetze, welches bestimmt, daß für die Aechtheit eines eigenhändigen Testaments eine Rechtsvermuthung spreche, wie für die Aechtheit eines in öffentlicher Urkunde verfaßten Testaments. Eine solche Präpunktion besteht auch nicht für den Fall, wenn der Testamentserbe nach Landrechtsätze 1006, 1008 in den Besitz der Verlassenschaft eingewiesen worden ist, denn ein Gesetz sagt dieses nicht. Zwar streitet vermöge Landrechtsatzes 2230 allgemein für den Besitzer die Vermuthung, daß er im eigenen Namen und aus Eigenthumstiteln also mit Recht besitze. Diese Vermuthung spricht jedoch nur gegen den, der kein Recht auf die Sache hat. Wird aber von dem Kläger ein Recht dargethan, so kann sich der Beklagte durch den Besitz allein nicht mehr helfen, sondern er hat ein besseres oder stärkeres Recht zu erweisen. Landrechtsatz 544 e. Hat nämlich der Kläger behauptet und

Digitized by Google

erwiesen, daß er kraft Gesetzes, oder durch Testament zur Erbschaft berufen sei, so hat der Beklagte zu behaupten und zu erweisen, daß er ein stärkeres Recht auf die Verlassenschaft habe kraft eines eigenhändigen Testamentes, wodurch die gesetzliche Erbfolge aufgehoben oder das frühere Testament widerrufen worden sei. Hiezu genügt aber die bloße Vorlage eines eigenhändigen Testaments nicht, da solches keine öffentliche Urkunde ist, sondern der Beklagte hat auch die abgeläugnete Aechtheit derselben darzuthun.

Wenn man, wie sehr häufig geschieht, die Erbschaftsklage außer der Behauptung, daß Kläger Erbe sei, auch noch darauf gegründet, daß das eigenhändige Testament unächt sei, auf welches Beklagter sein Erbrecht stütze, so ist die Klage nicht gut und geschickt angebracht. Der Kläger hat dieselbe blos darauf zu bauen, daß er kraft Gesetzes, oder durch Testament Erbe sei, Zachariä a. a. O. §. 616, und diesen Umstand im Läugnungsfall zu beweisen. Er braucht von dem Testamente, das er anfechten will, in der Klage gar keine Erwähnung zu thun, sondern hat mit der desfallsigen Erklärung abzuwarten, bis der Beklagte in der Einrede sein Erbrecht auf ein eigenhändiges Testament stützt. Replica non est inserenda libello. Will Kläger dieses Testament nicht anerkennen, so hat er blos in der Replik dessen Dasein zu widersprechen, worauf dem Beklagten der Beweis hierüber aufzugeben ist. Landrechtsatz 1315 §. 400 der Prozeßordnung. Wird alsdann das eigenhändige Testament von dem Beklagten vorgelegt, dessen Aechtheit aber von dem Kläger abgeläugnet, so muß der Beklagte den Beweis der bestrittenen Aechtheit führen. §§. 439. 443 der Prozeßordnung. Code de procedure Art. 195 ff.

Wenn übrigens in der Klage davon Erwähnung gethan ist, daß das eigenhändige Testament unächt sei, so ändert dies gleichwohl nichts an der Sache. Das eigentliche Fundament der Klage besteht darin, daß Kläger kraft Gesetzes oder durch Testament Erbe sei, und nicht darin, daß das zu Gunsten des Beklagten errichtete eigenhändige Testament unächt sei. Dieses, nämlich die Aeußerung des Klägers über die Unächtheit des eigenhändigen Testaments ist nichts anderes, als eine antizipirte negative Replik. Eine solche Anticipation hat aber auf die Beweislast gar keinen Einfluß, daher ungeachtet der in der Klage geschehenen Erwähnung von der Unächtheit des eigenhändigen Testaments dem Beklagten der Beweis des Daseins und der Aechtheit dieses Testaments aufgegeben werden muß, wodurch auch die Rechtsregel actori incumbit probatio nicht verletzt wird, denn reus excipiendo fit actor. —

Aus diesen Gründen wird obige Frage unbedingt dahin zu beantworten sein, daß der durch ein eigenhändiges Testament eingesetzte Erbe immerhin, auch wenn er in den Besitz der Verlassenschaft eingewiesen worden sein sollte, den Beweis der abgeläugneten Aechtheit zu führen habe.

Hat aber Kläger behauptet, daß das eigenhändige Testament falsch oder verfälscht sei, so muß er den Beweis der behaupteten Falschheit oder Verfälschung führen, wenn nicht das Gericht durch zureichende Gründe sich veranlaßt sieht, Untersuchung im Wege des Strafprozesses einzuleiten. §§. 443, 453 der Prozeßordnung. Code de procedure Art. 214—251. Haager.

III.

Hofgericht des Oberrheins.

I. Eignet sich der Anspruch des Grundherrn auf Bürgereinkaufsgeld gegen einen aufgenommenen Bürger vor die Gerichte?

II. Beweisthema bei der unvordenklichen Verjährung und dem Herkommen.

Grundherrschaft zu Hecklingen gegen J. Dangel, Forderung von Bürgereinkaufgeld betreffend.

Die erste Frage wurde im vorliegenden Falle bejahend entschieden. Die Entscheidung erfolgte, da dieselbe Frage kurz vorher in demselben Senate bei anderer Composition desselben in entgegengesetztem Sinne entschieden ward, erst nach wiederholter Deliberation und mit einfacher Majorität. Die frühere Entscheidung stützte sich besonders darauf, daß das IV. Konstitutionsedikt so wie die beiden Edikte vom 22. April 1824, worin von dem Bürgereinkaufgeld als einer den Grundherrn überlassenen Gerechtsame die Rede ist, Verfassungsgesetze seien, wodurch die Verhältnisse der Grundherrn der Staatsgewalt gegenüber geordnet werden sollten, daß aber die Verwaltungsbehörden nach dem Organisationsedikt von 1809 über die verfassungsmäßigen Verhältnisse der Unterthanen und ihrer Stände gegeneinander und die daraus hervorgehenden Ansprüche zu entscheiden hätten; sodann darauf, daß diese Gerechtsame nicht, wie andere ähnliche (Landrechtsatz 710 a. bis 711) in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen sei; endlich auf den Inhalt des Gesetzes über die Rechte der Gemeindebürger vom 23. April 1832 †). — Gegen diese von der Minorität festgehaltenen Gründe ward jedoch von der Majorität geltend gemacht und erwogen, daß aus dem ersten Argumente zu viel folgen würde, indem unzweifelhaft in den angeführten Gesetzen und Verordnungen Rechte vorkommen, welche Privatrechte seien und von den Gerichten auch allgemein als solche behandelt werden, z. B. das Abfahrtsgeld, zugesagte Entschädigungsansprüche für Aufhebung von Gerechtsamen. Wie das Landrecht mehrere verwandte Rechte (710 a.) schon durch die besondere Aufnahme in das bürgerliche Gesetz als Privatrechte auszeichne, so sei das in Frage stehende Recht, welchen möglichen Ursprung es auch habe, durch das grundherrliche Edikt den Grundherrn als ein Eigenthumsrecht überlassen worden und so in ihre Privatdomäne, gleich andern Gefällen, übergegangen. (Das I. Einführungsedikt anerkennt auch in der Bestimmung, daß die Konstitutionsedikte „in ihrer vollen unveränderten Kraft bleiben, auch soweit sie auf Gegenstände des bürgerlichen Rechts Bezug haben,"

†) Die Ansicht, daß hier die richterliche Kompetenz nicht statt finde, widerlegt sich durch die einfache Betrachtung, daß Kraft des öffentlichen Rechts ein Bürgereinkaufsgeld nur von den Gemeinden für die Gemeindekasse (§. 30 und 36 des Gesetzes vom 31. Dezember 1831) und unter Umständen für Lokalanstalten (§. 38), nicht aber auch von Standes- oder Grundherrn gefordert werden kann, daß diese vielmehr nur da, wo es ihnen Kraft besondern Titels zusteht, also nicht Kraft öffentlichen, sondern nur Kraft Privatrechts in Anspruch nehmen können. D. Red.

Digitized by Google

ausdrücklich das Vorkommen privatrechtlicher Verhältnisse in den Konstitutionsedikten).

In allem Uebrigen war man einhellig.

Zwischenurtheil.

Der Kläger Grundherr zu Hecklingen, hat binnen 28 Tagen bei Vermeidung des Ausschlusses mit allen nicht vorgeschlagenen Beweismitteln zu beweisen, daß er und beziehungsweise seine Rechtsvorfahrer seit unvordenklicher Zeit, und wenigstens während 40 Jahren vom 1. Januar 1810 rückwärts gerechnet von den neu aufgenommenen Bürgern in Hecklingen Bürgereinkaufgeld ruhig bezogen habe, und zwar so, daß solches wenigstens 10 Jahre hindurch ununterbrochen und wenigstens dreimal in diesem Zeitraum, öffentlich, freiwillig und gleichförmig mit 100 fl. für den Mann und 4 fl. für die Frau bezahlt worden sei, wobei er sich der bereits benützten Beweismittel wieder bedienen mag; worauf weiter ergehen wird was Rechtens ist.

v. R. w.

Entscheidungsgründe.

Die in der Beschwerdeschrift bestrittene gerichtliche Kompetenz ist begründet, weil nach dem neuen Gesetze wie nach dem alten zwar die Entscheidung über die Aufnahme neuer Bürger in eine Gemeinde als dem öffentlichen Rechte angehörig vor die Administrativbehörden gewiesen ist, Regierungsblatt vom J. 1832 Nr. VIII. S. 130 und Regierungsblatt von 1809, Nr. LII. D. §. 10 m. und von 1822 Nr. III. §. I. 2 und §. III. 1, das bestrittene Recht des Grundherrn zum Bezug des Bürgereinkaufgeldes aber die Natur eines Privatrechts hat, gleich wie andere den Grund- und Standesherrn überlassene, aus dem niedern Hoheitsrecht abfließende Gefälle. IV. Konstitutionsedikt §. 17 und I. Einführungsedikt XVIII. Klüber, öffentliches Recht des d. B. §§. 10, 305 a. 322 b. 306 [2].

Die Klage, womit die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 102 fl. Bürgereinkaufsgeld für ihn (Sohn eines Hintersassen) und seine Ehefrau (eine Fremde), sammt Zins vom 1. Februar 1839 begehrt wird, ist gegründet

1) auf Anerkennung,

2) auf das Grundherrlichkeitsedikt vom J. 1807,

3) auf das Urbarium von Hecklingen vom J. 1717, wornach der Grundherrschaft die niedere Gerichtsbarkeit zu Hecklingen und mit dieser das Recht zum Bezug von Bürgereinkaufsgeldern zukomme;

4) auf das Herkommen,

5) auf unvordenkliche Verjährung.

Der Unterrichter legte auf den Widerspruch des Beklagten dem Kläger den Beweis dahin auf:

„daß seit unvordenklichen Zeiten der klagenden Grundherrschaft das Recht zustehe und sie solches bisher ausgeübt habe, von jedem in Hecklingen neu aufgenommenen Bürger ein Bürgereinkaufgeld zu beziehen, und daß solches nach einem alten Herkommen für eine Mannsperson 100 fl. und für eine Frauensperson 4 fl. betragen, und der Beklagte diese beiden Beträge urkundlich und durch eine Abschlagszahlung von 2 fl. anerkannt habe."

Der Unterrichter hielt den Beweis, und zwar insbesondere jenen der Anerkennung für geführt und verurtheilte deßhalb den Beklagten und zwar auch zu den Zinsen von Martini 1838 an.

Allein die Anerkennung so wie sie behauptet ist und sich im Beweisverfahren herausstellte, ist nicht von der Beschaffenheit, wie es erforderlich wäre, um von der Verletzung der ursprünglichen Rechtsurkunde zu befreien und den Rechtstitel zu ersetzen. Landrechtsätze 1337 und 1338. Denn sie besteht lediglich in einem mit der Beweisantretung vorgelegten „Auszug aus dem Abrechnungsbuch" der Klägerin, worin angegeben wird, daß der Beklagte für sich und seine Frau 104 fl. Bürgerannahmstaxen schulde, und daß er mit Einrechnung von 6 fl. Baarempfang und nach Abschlag einer Weinlieferung im Werth von 8 fl. noch mit 102 fl., verzinslich von Martini 1839 zu 5 Prozent im Rückstand hafte. Der Beweis dieses Fundaments der Klage ist daher als mißlungen zu betrachten. Das grundherrliche Edikt schützt nur die Grundherrn im Besitze derartiger aus dem niedern Hoheitsrechte abfließenden Gefälle, gibt aber solche nicht, wo sie nicht bestehen, wie sich aus den Worten des §. 17 „verbleiben" und „in gleichem", womit der voranstehende Ausdruck: „so weit sie verfassungsmäßig hergebracht sind", auch auf die nachfolgenden Rechte, folglich auch das in Frage stehende, bezogen wird.

Das Urbarium spricht zwar von der der Grundherrschaft zustehenden niedern Gerichtsbarkeit, enthält jedoch nichts von dem Bürgereinkaufgeld, welches mit jener nicht nothwendig und immer verbunden ist.

Es kommt daher noch auf die andern Gründe der Klage, das Herkommen und die unvordenkliche Verjährung an.

Das Herkommen vermag sowohl nach unserm dermaligen Landrechte, Landrechtzusatz 6 d. als nach dem österreichischen Rechte, welches vor Einführung des neuen Landrechts in dem vormals breisgauischen Orte Hecklingen galt, keine Rechte zu schaffen, sondern bestimmt nur den Umfang eines schon bestehenden Rechts und die Art der Ausübung. Petzeck, Grundsätze des v. Oestr. Priv. R. Bd. I. §. XXVIII. Das Herkommen kann daher nur von Belang sein, wenn das Recht selbst nachgewiesen wird.

Eben darum kann es nur in Verbindung mit dem weiter behaupteten Grunde der unvordenklichen Verjährung, alsdann aber muß es mit den in §. XXIX. bei Petzeck a. a. O. aufgeführten Merkmalen zum Beweis ausgesetzt werden.

Daß die unvordenkliche Verjährung hier ein gesetzlich statthafter Erwerbs- oder Entstehungsgrund sei, kann keinem Zweifel unterliegen. Landrechtsatz 2281, Unterholzner, von der Verjährung C. I. S. 524 — 526; Petzeck a. a. O. §. 1263. Aber auch diese Erwerbungsart muß mit denjenigen Merkmalen zum Beweis ausgesetzt werden, an welche das Gesetz die Wirkung eines Rechtstitels knüpft. Regierungsblatt von 1808 Nr. II.

Das unterrichterliche Beweiserkenntniß entspricht diesen Erfordernissen nicht; es mußte deßhalb da der Einwand, daß mit der neuen Gemeindeordnung diese Berechtigung erloschen sei, nach §. 37 des allgemeinen Gesetzes (Regierungsblatt von 1832 S. 123) ungegründet ist und die Klage nicht beseitigt, in dieser Instanz wie geschehen auf Beweis erkannt werden. §. 1223 und 394 der Prozeßordnung und Novelle zur Prozeßordnung Art. 11 und Analogie des Art. 12 des II. Einführungsedikts §. 2.

Zentner.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 20. November 1841.

I.

Beiträge zur Erläuterung des Edikts vom 26. April 1808. Die Kirchen- und Schulbaulichkeiten betreffend.

I.

System des Baueikts.

Das System des Edikts läßt sich in folgender Uebersicht darstellen. Es handelt in seinen

Hauptbestimmungen

AA. Von Errichtung kirchlicher Gebäude und Schulhäuser an Orten, wo noch nie Solche vorhanden waren, so wie von Verwandlung der Nebenkirchen in Hauptkirchen, und verweiset die Regulirung der Bauschuldigkeit hiebei vor die Ober-Polizeibehörde. Art. 5. 17. 24.

BB. Von Errichtung von Gebäuden an der Stelle bisher vorhandener und von Reparatur solcher Gebäude. — Hierüber schreibt es

A. Allgemeine Regeln vor, welche für alle Gattungen der nachher zu erwähnenden einzelnen Bauwerke und die im Gesetze unterschiedenen einzelnen Leistungen bei einem Bau gelten. Diese Regeln sind:

I. Derjenige, welchem das Gesetz in letzter Ordnung die Bauschuldigkeit auferlegt, muß immer, wenn ein Bau oder eine Reparatur nöthig ist, und die einer andern Person zugemuthete Bauverbindlichkeit von derselben nicht anerkannt werden will, vorsorglich, und unbeschadet seines Rückgriffs auf einen andern Bauschuldner bauen. Art. 4.

II. Als unbedingt baupflichtig erkennt das Gesetz

1) Denjenigen, gegen welchen ein Baufactum bewiesen ist. Das Gesetz sieht nämlich in der Vornahme eines Baues oder einer Hauptreparatur eine für sich genügende thatsächliche Anerkennung der beständigen Bauschuldigkeit, ausgenommen wenn der, welcher gebaut hatte, nachweiset

a) daß er nur wohlthatsweise gehandelt und das Kirchspiel die Handlung als eine Wohlthat angenommen hatte, oder

b) daß der Bau nur vorsorglich (§. 1) wegen damals streitiger Baupflicht, mit Vorbehalt, den Baupflichtigen gerichtlich zu verfolgen, unternommen, und während der allgemeinen Klageverjährungszeit die Klage angestellt worden war. Art. 1.

2) Das Gesetz erkennt ferner Denjenigen für baupflichtig, welcher (auf sonstige Weise, z. B. durch Urkunden) rechtsgültig seine Baupflicht anerkannt, endlich

3) Denjenigen, welchen ein rechtskräftiges Urtheil für den Baupflichtigen erklärt hat. Art. 2.

B. Als specielle Regeln, welche für einzelne Gebäude und einzelne Leistungen gegeben sind, und nur da zur Anwendung kommen (s. Art. 31), wenn keiner der, schon durch obige allgemeine Regeln normirten Fälle vorliegt und kein sonstiges, vor Einführung des Edictes geordnetes Rechtsverhältniß nachgewiesen werden kann, bestimmt das Gesetz I. für die dem Gottesdienste gewidmeten Gebäude, und zwar

A. für Hauptkirchen

1) hinsichtlich der Bauleistungen, mit Ausnahme der Hand- und Fuhrarbeiten (Taglöhne), da,

a) wo keine Theilung der Baupflicht nach einzelnen Bestandtheilen der Kirche hergebracht ist, die Folge der Baupflichtigen in der Art, daß

α) zuerst die etwa vorhandene und bemittelte Baucasse, so wie der mit einem Ueberschusse versehene Orts-Heiligen- (oder Kirchenfond) an die Reihe kömmt. Art. 6.

β) In Ermangelung solcher Cassen, so wie bei deren Unzulänglichkeit, trifft die Baupflicht den Eigenthümer oder Nutznießer des Kirchspiels- oder alte Zehnten. Art. 7. 8. Dieser kann seine Verbindlichkeit auf den folgenden Pflichtigen (das Kirchspiel) nur dann abwälzen, wenn

aa) ein Weisthum oder sonstiges Freiheitsbekenntniß des Kirchspiels, also ein Vertrag mit der Kirchengemeinde oder ein anderes urkundliches, vom Kirchspiel herrührendes Anerkenntniß der Freiheit des Zehnten vorliegt; wenn

Digitized by Google

bb) ein rechtskräftiges Urtheil ihn freispricht;
cc) wenn eine, gemäß Art. 5 des Edikts bei Errichtung des Kirchspiels von der Oberpolizeibehörde getroffene Regulirung der Baupflicht ihn für frei erklärt; wenn endlich
dd) bei einem frühern Bau oder einer frühern Hauptreparatur der Zehnten nicht in Anspruch genommen, und zugleich
αα) entweder das Kirchspiel die Last trug oder die Baulasten durch außerordentliche Mittel, namentlich Collekten, gewonnen wurden, überdieß
ββ) das nach Art. 4 bei jeder bestrittenen Baupflicht immer zum vorsorglichen Bau verbundene Kirchspiel nicht beweiset, jener Bau von seiner Seite, so wie die Anwendung von außerordentlichen Mitteln habe nur vorsorglich stattgehabt, und
γγ) die dem Kirchspiele bei vorsorglichem Bau gegebne, von dem vorsorglichen Bau-Akte anlaufende allgemeine Klageverjährungsfrist umlaufen ist, ohne daß ein angeblich Baupflichtiger von ihm belangt worden war. Art. 9.

γ) Wenn auch der Zehntherr aus einem dieser Gründe befreit ist, hat das Kirchspiel die Last auf sich zu behalten.

b) Wo eine Theilung hergebracht ist, und es läßt
α) sich der Theilungsmaßstab (durch Anerkenntnisse, Baufakta, Urtheile) erweisen, verbleibt es hierbei; Art. 10.
β) wo dieses nicht der Fall ist, wird
αα) für Chor und Sakristei, sammt der im Gesetze näher bezeichneten Zugehörde, der Zehntherr
ββ) für das Langhaus sammt Zugehörde, die Kirchenkasse, Art. 11,
γγ) und für den Thurm die politische Gemeinde, Art. 12, als bauschuldig erklärt.

2) Hinsichtlich der Hand- und Fuhrarbeiten ist das Kirchspiel zunächst pflichtig, vorbehaltlich des Beweises, daß der Kirchenkasse oder dem Zehntherr außer der Pflicht zu den unter 1 erwähnten Leistungen, auch die Bestreitung der fraglichen Dienste obliegt. Art. 15 *)

B. Nebenkirchen ist nur deren Baukasse zu unterhalten schuldig. Art. 16.

II. Für die Wohnungen der Geistlichen und Kirchendiener,

A. und zwar für wirkliche Pfarrhäuser, gelten für Bau- und Hauptreparationen dieselben Regeln, wie für die Kirchen. Besteht bei Kirchen- und Pfarrgebäuden zugleich eine Theilung der Bauverbindlichkeit zwischen der Kirchenkasse und dem Zehntherrn, so liegt Letzterm vorzugsweise der Bau des Pfarrhauses ob. Art. 18. 19.

B. Kaplaneihäuser unterliegen, je nach ihrer Bestimmung, den Regeln für den Bau der Haupt- oder Nebenkirchen. Art. 20.

C. Für Meßnereigebäude ist nur deren Baukasse pflichtig. Art. 22 vergl. mit 16.

III. Bei Schulen ruht

A. die Baupflicht, mit Ausnahme der Leistung der Hand- und Fuhrarbeiten, auf dem Kirchspiele, vorausgesetzt, daß kein unter den allgemeinen Regeln A gehöriger Fall vorliegt; Art. 23.

B. die Pflicht zu Leistung jener Hand- und Fuhrdienste aber ohne alle Ausnahme *) auf dem Kirchspiele. Art. 25 vergl. mit 31.

*) Ueber diesen Artikel wird eine besondere Erörterung unten folgen.

*) Der § 25 erwähnt keiner Ausnahme und der §. 31 erklärt den §. 25 als für alle Fälle gültig, wenn gleich ein Fall nicht unter diejenigen gehört, die das Gesetz für unaufgeklärte und strittige ansieht. In dieser Beziehung kann man sagen, daß die Hand- und Fuhrdienste bei Schulbaulichkeiten ohne Ausnahme der Schulgemeinde obliegen. Damit kann aber nicht gemeint sein, daß keinerlei entgegenstehender Rechtstitel wirksam sei, daß also selbst da, wo der Zehntherr oder irgend ein Anderer im Wege des Vertrags die Verbindlichkeit zur Unterhaltung und Wiedererbauung eines Schulhauses einschließlich der Hand- und Fuhrarbeiten übernommen hätte, diese Verbindlichkeit in Bezug auf die Hand- und Fuhrdienste durch den §. 25 nun wegfallen oder unwirksam werden soll. Es kann dies vielmehr nur so gemeint sein, daß die besondern Rechtstitel, nach welchen das Edikt die Baupflicht — entgegen den für unaufgeklärte Fälle aufgestellten Regeln — dem Einen oder Andern zuläßt, in Bezug auf die Hand- und Fuhrdienste zu Schulhausbauten keine Anwendung finden, daß aber allgemein gültige Rechtstitel, d. h. solche, welche nicht nur bei Kirchenbaulichkeiten, sondern bei Leistungen jeder Art nach dem gemeinen Landrecht Verbindlichkeiten hervorbringen oder auf Andere übertragen können, auch die gesetzliche Verbindlichkeit der Gemeinde zu Hand- und Fuhrdiensten bei Schulhausbauten auf Andere übertragen können. Die besondern Rechtstitel, welche bei Kirchen- und Schulbaupflichten Abweichungen von der gesetzlichen Regel begründen, ohne daß sie zugleich nach dem gemeinen Landrecht als allgemeine Titel für Rechte und Verbindlichkeiten gelten, sind in den §§. 1 und 2 des Edikts aufgeführt. Der wichtigste dieser besondern Rechtstitel ist

1) nach §. 1 ein Baufaktum. Dieser Titel ist ganz singulärer Natur, indem nach dem gemeinen Landrecht die Thatsache, daß Jemand ein Gebäude errichtet oder eine Hauptreparation daran vorgenommen hat, keinerlei Verbindlichkeit für künftige Bauunterhaltungen oder Neubauten hervorbringt. Da nun die singulären Titel, welche nach dem Edikte eine Abweichung von der gesetzlichen Regel der Baupflichten begründen, bei den Hand- und Fuhrarbeiten zu Schulhausbauten nach §. 25 und 31 keine Anwendung finden, so kann es bei diesen Hand- und Fuhrdiensten zu Schulhausbauten nicht darauf ankommen, ob sie früher von einem Andern als von der Gemeinde geleistet wurden, d. h. Baufakta sind dafür nicht maßgebend.

2) Als ein weiterer besonderer Titel sind im §. 2 des Edikts die Anerkenntnisse aufgeführt. Im Allgemeinen sind Anerkenntnisse keine Rechtstitel von Verbindlichkeiten, sie dienen nach S. 1337 unter gewissen Voraussetzungen nur dazu, das Dasein eines andern Rechtstitels einer Verbindlichkeit zu beweisen. Die Thatsache eines Anerkenntnisses befreit daher

Digitized by Google

IV. Bei Kirchhöfen, Art. 28, unterscheidet das Gesetz, ob jene den Vorhof der Kirche bilden oder an einem abgesonderten Platze angelegt sind. —

Die Nebenbestimmungen

des Gesetzes erstrecken sich auf Punkte, welche nicht die Baupflicht betreffen, also eigentlich nicht in das Gesetz gehörten. So wird

1) ausgesprochen, in wie weit die Pfarrer, Meßner und Schullehrer, in der Eigenschaft als Nießer oder Miether ihrer Dienstwohnungen, gewisse kleine Reparaturen daran vorzunehmen haben, Art. 21. 22. 27.
2) wie die Kirchengemeinden, da, wo ihnen ein Bau obliegt, die Mittel anzuschaffen haben, Art. 26.
3) endlich wer die Brandversicherungsbeiträge für die betreffenden Gebäude zu bezahlen und die Brandentschädigung zu empfangen habe. Art. 30.

II.

Was versteht das Baudikt unter einem „verjährten Baufaktum“ und in wie weit ist ein Solches in Betracht zu ziehen?

Der Ausdruck „verjährtes Baufaktum“ wird in dem Baudikte nur ein einziges Mal gebraucht, nämlich im Art. 31. Er hat, an und für sich betrachtet, keinen Sinn. Nur Rechte und Verbindlichkeiten, nicht aber nakte Begebenheiten oder körperliche Sachen können im juristischen Sinne Objekte der Verjährung sein. Es giebt wohl ein durch Verjährung erworbenes Recht zu Benutzung eines Wegs, ein durch Verjährung erworbenes Eigenthumsrecht an einem Hause, ein durch Verjährung erworbenes Recht, von einem Andern gewisse Leistungen zu fordern, aber kein verjährtes Haus, keinen verjährten Weg und eben deshalb auch keinen verjährten Bau.

Unter einem Baufaktum selbst versteht übrigens das Baudikt in §. 1 die von einer Person auf ihre Kosten bewirkte Herstellung eines Gebäudes oder Vornahme einer Hauptreparation an einem Solchen. — Eine Handlung kann nun nur in so weit mit dem Rechtsbegriffe der Verjährung in Verbindung gebracht werden, als aus der unternommenen Handlung für deren Urheber nach Ablauf einer gewissen Zeit kraft Gesetzes bestimmte Rechte oder bestimmte Pflichten entstehen können, so wie aus dem Unterlassen einer Handlung (innerhalb einer gewissen Zeit) ebenfalls der Verlust von Rechten erwachsen kann.

Das Baudikt knüpft nirgends an die Vornahme eines Baues den Erwerb von Rechten, es erklärt vielmehr denjenigen, welchem ein Baufaktum entgegensteht für baupflichtig. Es bedarf daher nur die Frage einer Lösung, in wie weit in Bezug auf die aus Bauhandlungen abgeleitete Bauverbindlichkeit der Verjährung durch das Gesetz eine Wirkung eingeräumt werden wollte.

Der Art. 1 spricht kategorisch aus: „wer einen Bau hergestellt hat, soll für den Bauherrn erklärt werden.“ Er fügt nicht bei, daß seit Herstellung des Baues eine gewisse Zeit umlaufen sein müsse und erst durch Umlauf dieser Zeit (wenn inzwischen keine, die Bauverbindlichkeit ablehnende Handlung des Urhebers des ersten Baufaktums eingetreten oder kein Baufaktum eines Dritten erfolgt sei) die Verbindlichkeit entstehe. Da der Art. 31 in seinem Eingange die unbedingte Wirksamkeit des Art. 1 bestätigt, und erst in einem spätern Satze bei Dispostion über Fälle, auf welche Art. 1 keinen Bezug

---

im Allgemeinen nicht von der Vorlage des ursprünglichen Rechtstitels, ausgenommen wenn dieser Titel in dem Anerkenntnißakte angeführt, dort also selbst anerkannt ist, in welchem Falle übrigens das Anerkenntniß immerhin nicht selbst als Titel gilt, sondern nur das Dasein eines anderen, schon vorher vorhandenen, Titels beweiset.

Ausnahmsweise ersetzt indessen nach dem Landrechtsatz 695 bei Dienstbarkeiten ein Anerkenntniß den Titel, und in gleicher Weise soll nach dem Kirchenbaudikt (§. 2) ein Anerkenntniß auch hier als Titel gelten.

Da aber diese besondere Vorschrift über Anerkenntnisse kirchlicher Baupflichten nach §. 25 in Verbindung mit §. 31 bei den Hand- und Fuhrdiensten zu Schulhausbauten keine Anwendung finden soll, so wäre in Bezug auf diese Letztern ein Anerkenntniß nur bei dem Dasein der Voraussetzungen des gemeinen Landrechts (S. 1337) wirksam.

3) Es mag auffallen, daß der §. 2 des Edikts auch der rechtskräftigen Urtheile als Titel der Baupflicht erwähnt, während das Edikt der andern allgemein geltenden Titel, namentlich der Verträge, nicht erwähnt.

Es ist übrigens zu erwägen, daß Urtheile im Allgemeinen kein Rechtstitel (Entstehungsgründe) von Verbindlichkeiten sind, sondern nach S. 1350 Nr. 3 und 1351 nur die gesetzliche Vermuthung (praes. juris et de jure) begründen, daß ein Titel, über welchen erkannt wurde, die im Urtheil ausgesprochene Rechtswirkung habe.

Es ist daher, um sich auf eine rechtskräftige Entscheidung berufen zu können, nach S. 1351 nöthig, daß die neue Klage auf den nämlichen Grund, wie die früher entschiedene, gebaut sei.

Wäre also früher z. B. der Zehntherr zum Baue des Kirchthurms, dessen Bau jetzt nach dem §. 12 des Edikts in der Regel der Gemeinde obliegt, vor 1808 deswegen verurtheilt worden, weil ein früheres Gesetz oder eine damalige Observanz die umgekehrte Regel aufgestellt, und den Kirchthurmbau als eine Last des Zehntherrn erklärt hätte, so wäre eine auf den Grund einer solchen andern gesetzlichen Regel ergangene Verurtheilung des Zehntherrn nach der allgemeinen Vorschrift des Landrechtsatzes 1351 jetzt nicht mehr maßgebend, denn eine jetzt gegen den Zehntherrn erhobene Klage könnte nicht mehr auf die gesetzliche Regel als auf das Fundament der frühern Klage gebaut werden.

Um aber alle solche Erörterungen und Unterscheidungen abzuschneiden, erklärt der §. 2 des Edikts ein rechtskräftiges Urtheil unbedingt und allgemein als maßgebend für die Baupflicht, so daß es dabei auf den Unterschied, ob die frühere Klage auf die damalige gesetzliche Regel oder auf einen andern Titel gegründet war, jetzt eben so wenig ankommt, als es bei Baufakten darauf ankommt, ob sie auf der ehemaligen gesetzlichen Regel beruhten, oder auf andern Verhältnissen.

Diese Singularität in Bezug auf die Wirkung von Urtheilen kann nun aber, wie jene in Bezug auf die Wirkung von Baufakten und Anerkenntnissen, nach §. 25 vergl. mit §. 31 des Edikts auf die Pflicht zu Hand- und Fuhrarbeiten bei Schulhausbauten keine Anwendung finden, und Urtheile können hinsichtlich der Letztern nur unter den Voraussetzungen des S. 1351, wenn nämlich die Verbindlichkeit auf den frühern (noch bestehenden) Titel gegründet wird, Wirkung haben. D. Red.

Digitized by Google

hat, des „verjährten" Baufaktums erwähnt, so war es offenbar die Meinung des Gesetzgebers nicht, in Art. 31 noch einen Zusatz zu Art. 1 machen und jetzt bestimmen zu wollen, es müsse seit der Entstehung des in Art. 1 erwähnten Baufaktums eine Verjährungszeit umlaufen sein, wenn die im ersten Artikel bestimmten rechtlichen Folgen des Baufaktums eintreten sollten. Zu einer solchen Verfügung wäre ohnehin im Art. 31 der Platz überall nicht gewesen und man darf dem geistreichen Verfasser des Baudikts nicht wohl zutrauen, daß es ihm bei Abfassung des fraglichen Gesetzes wie jenem Baukünstler ergangen sei, der nach völliger Herstellung einer Kirche erst entdeckte, daß die Stirge zur Orgel und Emporbühne fehlte und dem Mangel nun nur durch ein angeflicktes Nebengebäude abhelfen konnte. —

Es muß also der Gesetzgeber bei Gebrauch jenes Ausdruckes andere, in dem Gesetze bereits erwähnte und mit ihm wohl im Einklange stehende Verhältnisse im Auge gehabt haben. Darüber gewinnt man Klarheit, wenn man die weitern Gesetzesstellen, in denen von einer Verjährung die Rede ist, mit dem, zur Schlußsanktion dienenden Artikel 31 in Verbindung setzt. — Dieses sind die Schlußstellen des Art. 1, sodann Art. 9 Absatz c und der damit zusammenhängende, wenn auch nicht ausdrücklich von einer Verjährung sprechende Art. 4. —

Der letzt erwähnte Artikel besagt: Wenn keine Person vorhanden sei, welche sich (ohne durch einen Rechtsstreit gezwungen) zu einem Bau oder einer Reparation verstehen wolle, da müsse immer das Kirchspiel, weil auf diesem in Ermangelung eines sonstigen Baupflichtigen doch in letzter Ordnung die Baupflicht ruhet, bauen, und zwar „vorsorglich" und mit dem Vorbehalte, denjenigen im Rechtswege wegen Ersatz der Baukosten zu belangen, von dem es glaube, daß er eine stärkere Verbindlichkeit habe, als es. —

Dieser Zwang zum vorsorglichen Bau wird bei eintretender Nothwendigkeit der Errichtung eines neuen Gebäudes an der Stelle eines alten, so wie da, wo Hauptreparationen erforderlich sind, ohne Zweifel schon im polizeilichen Wege geltend gemacht, da wohl ruinos gewordene oder zu kleine Gebäude schon aus von selbst einleuchtenden polizeilichen Gründen nicht in dem momentanen Zustande belassen werden können, bis etwa in einem langwierigen Rechtsstreite das Kirchspiel einen andern Baupflichtigen ausgemittelt haben würde. (Vergl. Hofgerichtsinstruktion §. 80.)

Von einem solchen „vorsorglichen" Bau spricht nun auch der Schlußsatz des Art. 1. Indem er bestimmt, daß Derjenige, welcher angeblich nur vorsorglich gebaut habe, binnen 30 Jahren, von der vorsorglichen Uebernahme an, einen Rechtsstreit gegen einen andern Baupflichtigen beginnen müsse, wenn nicht der vorsorgliche Bau zu einem rechtsverbindlichen Baufaktum werden solle.

Damit ganz conform erklärt Art. 9 c: Wenn ein Kirchspiel gebaut habe, so solle der Zehntherr dadurch seiner sonstigen gesetzlichen Verbindlichkeit in einem spätern Baufalle nicht enthoben sein, sofern das Kirchspiel nachweisen könne, daß es den frühern Bau nur „vorsorglich" übernommen und seit der Ausführung nicht dreißig Jahre habe verstreichen lassen, ohne wegen der Bauschuldigkeit einen Rechtsstreit zu beginnen. —

Erwägt man nun, daß zu einem „vorsorglichen" Bau Niemand als das Kirchspiel verpflichtet, und daß nicht anzunehmen ist, daß Jemand, welcher von der Pflicht des „vorsorglichen" Bauens, kraft Gesetzes, frei ist, einem solchen Provisorium sich unterziehen werde, so hat wohl zuverlässig der Schlußsatz des ersten Artikels nur die nachfolgenden Bestimmungen in Art. 4 und 9 im Auge und nur auf sie Bezug.

Aus Verbindung sämmtlicher drei Gesetzesstellen ergiebt sich dann der Schluß:

Will ein Kirchspiel, welches gebaut hat, nicht für immer aus seiner Handlung verbindlich werden, so muß es eine Bauklage erheben, diese Klage ist nur während 30 Jahren zulässig, nach Umfluß dieser Zeit aber verjährt. — Durch Ablauf der Klagverjährungszeit wird das ursprünglich nur vorsorgliche Baufaktum ein verbindliches Baufaktum. Da es diese Eigenschaft nur durch Eintritt der Verjährung der Bauklage erhält, so nennt es Art. 31 des Edikts ein Verjährtes. —

Andern Personen, als dem Kirchspiele gegenüber kann demnach von einem verjährten Baufaktum die Rede nicht sein. *) Man kann namentlich nicht sagen, es stehe dem Zehntherrn, der Kirchenkasse oder dem Patron (so weit er nach §. 32 des Kirchenlehnherrlichkeitsedikts noch belastet sein kann) ein verjährtes Baufaktum entgegen. Denn ihnen gegenüber ist jedes von ihnen herrührende, vor kurzer oder längerer Zeit vorgekommene Baufaktum nach Inhalt des Gesetzes wirksam, so fern sie nicht gemäß Art. 4 beweisen können, daß sie — (als nicht an der Reihe des Bauens befindlich, und nicht zu einem blos vorsorglichen Bau berufen und genöthigt) durch die Bauhandlung einen Akt der Wohlthätigkeit ausüben wollten, und ihr Bauen auch von dem sonst zum vorsorglichen Bau verpflichteten Kirchspiele als eine bloße Freigebigkeit angenommen worden ist. —

III.

Zur weitern Erläuterung des Artikels 31.

Das Gesetz unterscheidet in diesem Artikel

a) zwischen aufgeklärten und

b) unaufgeklärten und streitigen Fällen.

Ersterer beschreibt es dahin:

„wo ein unbestreitbarer Rechtstitel, ein unzweideutiges Anerkenntniß, oder verjährtes Baufaktum einen andern Bauherrn, oder einen andern Umfang der Baulast, oder eine andere Art der Leistung der Baupflicht laut sicherer und hinlänglicher Beweise bisher (d. h. bis zu Verkündung des Gesetzes) bestimmt hat."

Für die als aufgeklärt zu betrachtenden Fälle gibt es die Regel:

„daß daran durch das Edikt nichts geändert seie und

*) Als Regel ist aus den hier angeführten Gründen anzunehmen, daß nur das Kirchspiel zu einem vorsorglichen Bau mit Vorbehalt seiner Rechtszuständigkeiten sich verstehen werde, also nur ihm gegenüber ein verjährtes Baufaktum vorkomme. Allein unmöglich ist es doch nicht, daß z. B. der Zehntherr, obgleich er zum provisorischen Bau nicht verpflichtet ist, gleichwohl in einem einzelnen Falle noch vor entschiedener Sache den Bau vorsorglich und mit ausdrücklichem Vorbehalt seiner Bauklage besorge. Unterließe er in einem solchem Falle, die Klage innerhalb 30 J. zu erheben, so läge dann auch ihm gegenüber ein verjährtes Baufaktum vor. D. Red.

Digitized by Google

dieses nicht angerufen werden dürfe, um den Betheiligten ein auf jenem Wege wohl erworbenes Recht zu schmälern oder zu entziehen."

Hinsichtlich der streitigen Fälle aber, wo also der Beweis fehlt, daß vor Einführung des Edikts schon ein Bauherr bestimmt war, wird vorgeschrieben, daß sie nach den im Edikt aufgestellten Grundsätzen bemessen werden sollen.

Als Ausnahme dieser beiden Regeln gebietet dann das Edikt, daß die von ihm in den Artikeln 1—5, 21, 24—27 und 30 aufgeführten Vorschriften nicht blos für streitige und unaufgeklärte, sondern für alle unter jene Artikel sich eignenden Fälle gültig sein sollen; d. h., daß da, wo die Bestimmung eines der genannten Artikel zu Entscheidung einer sich ergebenden Frage ausreichen würde, es keiner weitern Erörterung bedurfen soll, ob der Fall als ein schon vor Einführung des Edikts aufgeklärter zu betrachten sei oder nicht; er vielmehr ausschließlich nach Inhalt des betreffenden Artikels beurtheilt werden müsse.

Diese Sätze auf die einzelnen Artikel des Edikts angewendet, so spricht der Artikel 31 im Wesentlichen aus:

I. In allen Fällen muß

1) bei Errichtung neuer Kirchspiele und Schulen die Baupflicht von der polizeilichen Obrigkeit nach Art. 5 und 24 reguliet,

2) bei alten Kirchspielen die Reparation und Wiederherstellung (der Kirchen, Pfarrhäuser, Schulen) von demjenigen bewirkt werden, der (das betreffende Gebäude) gebaut, oder (daran) eine Hauptreparation vorgenommen, ohne daß dieses wohlthatsweise oder blos vorsorglich geschah, der seine Baupflicht sonst anerkannt hat, oder durch rechtskräftiges Urtheil für baupflichtig erkläet wurde. (Art. 1—3).

3) Wenn jedoch über die Baupflicht zur Zeit der Nothwendigkeit eines Baus oder einer Reparatur ein Streit obwaltet, da darf die Heerstellung nicht aufgeschoben, es muß vielmehr vom Kirchspiele vorsorglich gebaut werden, (vorbehaltlich des Rechtsaustrags). Art. 4.

4) Bei Heerstellung von Schulgebäuden hat die Schulgemeinde stets Hand- und Fuhrdienste zu leisten. Art. 25.

5) Einige Nebenpunkte sind in Art. 21, 26, 27, 30 fest normirt.

II. Die übrigen Sätze des Baudikts über die Baupflicht der Kirchenkassen, Zehntherrn und Gemeinden, (Art. 6—20, 22, 23, 28 und 29) kommen nur da in Anwendung, wo 1. weder eine der zuvor erwähnten allgemeinen Bestimmungen maßgebend ist, also namentlich, wo (ad 2 oben) kein unbedingt verpflichtendes Baufaktum, Anerkenntniß oder Urtheil einen Baupflichtigen für ein Gebäude, einen Theil eines Gebäudes oder eine Gattung von Leistungen bestimmt hat; nach 2. ein schon vor Einführung des neuen Gesetzes bestandenes wohl erworbenes Recht durch die Anwendung der Art. 6—20 ꝛc. geschmälert werden würde. — —

Man hat verschiedentlich darin eine besondere Schwierigkeit in Auslegung des Art. 31 gefunden, daß er den von Baufakten handelnden Art. 1 als allgemein maßgebend voranstellt, und dann bei Aufzählung der Beispiele von Fällen, in denen ein schon vor Einführung des Edikts wohl erworbenes Recht bestehen soll, „verjährte" Baufakta anführt.

Gestützt auf den Satz, daß Gesetze in der Regel nur für die Zukunft verfügen, warf man die Frage auf: Ob nicht der erste Artikel sich nur auf Baufakta beziehe, welche erst unter Herrschaft des Baudikts eintreten; hinsichtlich der Baufakta dagegen, welche in der Zeit vor Einführung des Edikts vorgekommen und geltend gemacht werden wollen, stets erforderlich sei, daß seit ihrem Entstehen eine gewisse Zeit verlaufen sein müsse.

Wollte man diese Frage bejahen, so würde man indessen zuverlässig die Absicht des Gesetzgebers verkennen. Schon in der Einleitung zum Edikt wird gesagt: die gleichen Gründe, welche ihn bewogen hätten, eine eigene Verordnung zu Ausübung der Kirchenherrlichkeit zu erlassen (Ungewißheit des Rechtsstands, auf welchen namentlich noch die eingetretenen, bedeutenden politischen Veränderungen und die Säcularisation der geistlichen Staaten und Korporationen einwirkte), geben auch den Beweggrund, die Pflicht zu Kirchen- und Schulbaulichkeiten für alle nicht vorhin schon in ihren einzelnen Rechtsverhältnissen unbestrittenen Fälle außer Zweifel zu setzen. — Es sollte hiernach das neue Gesetz auch für solche Fälle, die nicht vor seiner Einführung ganz unbestritten waren, maßgebend, — somit rückwirkend sein. Dieses wiederholt sich ganz deutlich in den Worten des Schlußartikels:

„Alles Streitige muß, unangesehen der vielen weit hergeholten Argumente und Vermuthungsgründe mehrerer Art, womit vorhin in derlei Streitigkeiten gehandelt und beinahe die Unmöglichkeit einer sichern und in gleichen Grundsätzen wandelnden Entscheidung herbeigeführt wurde *), lediglich nach obigen Regeln abgemessen werden. —"

Ist aber das Edikt in so weit als rückwirkend anzusehen, daß seine Dispositionen namentlich an Ereignisse, welche vor seiner Verkündung schon eintraten, als deren rechtliche Folgen angereiht werden sollen; und erwägt man, daß der Art. 31 zuverlässig nichts verfügen wollte, was mit den vorhergehenden Artikeln im Widerspruch stünde, und daß noch weniger ein Widerspruch in einem und demselben Artikel des Gesetzes selbst unterstellt werden darf, — so fällt die oben erwähnte Schwierigkeit in der Auslegung hinweg. Da nämlich

1) dem Artikel 1 wiederholt durch Artikel 31 eine unbedingte Anwendbarkeit auf alle unter jenen sich eignende Fälle zugesichert worden ist, und der Artikel 1 in seinem Hauptsatze bei Bestimmung der Wirkung eines Baufaktum nicht unterscheidet, ob seit seinem Eintritte längere oder kürzere Zeit verflossen ist, so muß jene Wirkung allen Baufakten, (sie mögen längere oder kürzere Zeit vor Publikation des Edikts vorgekommen sein, oder erst unter der Herrschaft des Gesetzes selbst sich ereignen) zugestanden werden.

2) Bekanntlich enthält der Art. 1 außer dem Hauptsatz

---

*) Wie unbestimmt das ältere Recht war, kann aus jedem Compendium ersehen werde.

Vergl. Böhmer pr. juris can. ed. VII. §. 597.

Walter Kirchenrecht 6. Auflage §. 274.

Außer den (auch nicht erschöpfenden) Vorschriften des, ohnehin nur die Katholiken berührenden, Concilium Tridentinum (sess XXI. cp. 7. de reform.) sollte das Herkommen die Haupterkenntnißquelle bilden.

Digitized by Google

über die unbedingte Verpflichtung aus Baufakten noch einen Ausnahmefall, in welchem er erst nach Verlauf einer gewissen Zeit für eine Bauhandlung die Wirkung eines verpflichtenden Baufaktums statuirt, wenn nämlich wegen bestehenden Streits über die Baupflicht nur vorsorglich gebaut worden war. Diese Bestimmung hinsichtlich dieses Ausnahmsfalls gehört nach Art. 31 ebenfalls unter die Regeln des Baudikts, welche für alle „darunter geeignete Fälle" maßgebend sein sollen. Wenn nun einer Seits, wie bemerkt, der Art. 31 dem Baufaktum, welches keinen blos vorsorglichen Bau betraf, eine solche Wirksamkeit beilegt, daß es auf weitere Eruirung der Frage, ob ein von ihm sogenannter „aufgeklärter" Fall vorliege, nicht mehr ankommen soll, und wenn andrer Seits ein Baufaktum, welches keinen blos vorsorglichen Bau betraf, wie oben erörtert wurde, zu seiner verpflichtenden Wirksamkeit keinen vorgängigen Zeitablauf erfordert, — so bleibt hinsichtlich des im Art. 31 erwähnten Falles, in dem eine Baupflicht mittelst „verjährten" Baufaktums schon vor Einführung des Edikts aufgeklärt sein soll, keine Möglichkeit für eine andre Auslegung, als daß derselbe dann vorliege, wenn vor Einführung des Edikts ein Bau unternommen wurde, welcher ursprünglich unter die im Art. 1 erwähnte Ausnahme gehören würde, und als blos vorsorglicher Bau nach Maßgabe des (auf die vor Einführung des Edikts vorgekommenen Fälle auch in dieser Beziehung anwendbaren) Art. 1 die Baupflicht in so lange noch nicht zur Folge hätte, als die Klagenverjährungszeit nicht umlaufen ist, — welcher Bau aber nunmehr die Wirkung eines verpflichtenden Baufaktums erhalten haben soll, weil von seiner Ausführung bis zu Verkündung des Edikts 30 Jahre umlaufen sind. —

Würde dieser Zeitablauf bei Einführung des Edikts noch nicht statt gefunden haben, so war der Fall weder durch die Regel des Art. 1 entschieden, noch als ein aufgeklärter Baufall nach Art. 31 zu betrachten. Es dürfte vielmehr von dem, welcher vorsorglich gebaut hatte, die Banklage noch unter Herrschaft des Edikts erhoben werden, und es treten dann für diesen Fall, welcher nun in die Klasse der unaufgeklärten und streitigen gehören würde, wenn die Banklage wirklich erhoben wird, die nur für streitige und unaufgeklärte Fälle maßgebenden Artikel 6—20, 22, 23, 28, 29 in Anwendung; während diese Artikel vom Kläger nicht mehr für sich in Anspruch genommen werden dürften, wenn die Banklage schon vor Einführung des Edikts als verjährt zu betrachten wäre. —

Man hat übrigens aus den Worten des Art. 31:

„wo ein verjährtes Baufaktum einen Bauherrn bisher schon bestimmt hat"

auch noch die Folgerung ableiten wollen, daß der Zeitverlauf nach Einführung des Edikts, bezüglich auf einen vorher eingetretenen (nach unserer Auslegung „vorsorglicher") Baufall nicht mehr in Betracht kommen könne.

Die Unrichtigkeit dieser Ansicht dürfte jedoch schon aus der bisherigen Erörterung sich ergeben, und es braucht wohl kaum erwähnt zu werden, daß das Edikt da, wo es von Verjährung der Banklage handelt, zwar den Anfangspunkt auf den vorsorglichen Baukt fixirt (s. Art. 9 am Ende), nirgends aber von einer Unterbrechung oder einem Stillstande der Verjährung spricht, hierwegen also nur die allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften Maß geben läßt. —

Auffallend ist es übrigens, daß Art. 31 unter den Beispielen solcher Fälle, welche als schon vor Einführung des Edikts Aufgeklärte zu betrachten sein sollen, deren gedenkt, in denen unzweideutige Anerkenntnisse vorliegen, nachdem er doch schon vorher solche Anerkenntnisse dadurch für unbedingt wirksame Verpflichtungsgründe erklärt hatte, daß er unter den gesetzlichen Bestimmungen, welche für alle darunter geeigneten Fälle gelten sollen, den von Anerkenntnissen handelnden Art. 2 citirte. Man kann zwar von einem Gesetze nicht unterstellen, daß es etwas Ueberflüssiges enthalte. Gleichwohl muß dieses hier der Fall sein.

Es findet sich indessen noch eine ähnliche Wiederholung in dem Art. 31, indem derselbe nach Aufzählung der Fälle, in denen wohl erworbene Rechte bestehen sollen, fortfährt:

„welches auch in Bezug auf die Kirchenlehenherrn, so weit dieselben nach dem Edikte über die Kirchenlehenherrlichkeit Art. 32 noch baupflichtig sein können, seine Anwendung findet."

In dieser allegirten Gesetzesstelle ist nämlich gesagt:

„wo dermalen eine blos nutzlose Lehenherrlichkeit mit mit dergleichen Beiträgen (zum Kirchenbau ꝛc.) durch Gesetz oder Herkommen belastet wäre, da kann diese Last künftig aus jenen Gesetzen, die hiedurch aufgehoben werden, nicht mehr abgeleitet werden; sie bleibt jedoch für jene Orte bestehen, wo ein vorderer unbestrittener Ausübungsfall, sei er nun durch jene Gesetze, oder durch andere Umstände veranlaßt worden, die Belastung zu einem wohlerworbenen Rechte eines einzelnen Kirchspiels gemacht hat."

In dieser Stelle ist also ein früherer unbestrittener Baufall (ohne Rücksicht auf die Zeit, wann solcher statt hatte) für einen genügenden Belastungsgrund erklärt, welcher das Kirchspiel berechtigen soll, auch künftig die Erfüllung der Baupflicht vom Patronatsherrn zu begehren; womit hinsichtlich der Verbindlichkeit des Letztern gerade das Nämliche ausgesprochen wurde, was auch Art. 1 des Baudikts enthält.

Die Citirung dieses §. des K. L. E. an dem betreffenden Platze des Baudikts war somit ebenfalls nicht an der gehörigen Stelle, hätte vielmehr, wenn eine Wiederholung zu Andeutung des fortdauernden Gesetzes kraft des fraglichen §. als nothwendig schien, schon oben nach Erwähnung der für alle Fälle maßgebenden Sätze des Baudikts geschehen sollen.

Man kann aus den zuletzt erwähnten Momenten nur schließen, daß der Gesetzgeber in seinem überall hervorleuchtenden, wohlgemeinten Streben, einen ausreichenden Leitfaden zum Ausgange aus dem Labyrinthe der betreffenden, bisher dunkeln Rechtsparthie darzubieten, in der Redaktion seines Schlußartikels zu umständlich zu Werke ging und dadurch wieder ungenau wurde.

Eine solche Ungenauigkeit zeigt er auch, indem er neben dem Anerkenntnisse, als Grund eines aufgeklärten Falles, einen „unbestreitbaren Rechtstitel" anführte. Unter einem Rechtstitel begreift man Alles, wodurch ein Recht ertheilt oder erworben wurde; also nicht nur einen Vertrag oder ein Testament (wodurch z. B. ein Erblasser sein nachgelassenes Vermögen mit der Verbindlichkeit belastet hätte, eine Kirche zu bauen, Beiträge zu Unterhaltung einer solchen

Digitized by Google

oder einzelner Theile derselben zu leisten); sondern auch ein Gesetz, welches Rechte gibt oder Verbindlichkeiten aufhebt. Das Großherzogthum ist aus so verschiedenen Territorien gebildet worden, daß sich annehmen läßt, es müsse in einzelnen Landestheilen vor Einführung des Edikts ein bestimmtes Gesetz über die Baulasten für Kirchen und Schulen, oder wenigstens über gewisse Gattungen solcher Lasten bestanden haben. Sind nun diese Gesetze auch da, wo sie zufällig durch kein ihm entsprechendes (wenigstens kein bekanntes) Baufaktum unterstützt werden, also für sich betrachtet, für diejenigen, welche nach denselben baufrei waren, und durch das neue Edikt belastet werden sollen, ein Rechtstitel, der durch das Edikt nicht geschmälert werden darf? — Nach der aus vielen Artikeln des Edikts hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers muß diese Frage verneint werden, gleichwohl würde man, wenn man sich blos auf den in Art. 31 gebrauchte Ausdruck stützen wollten, diese Gesetze mit ihren Wirkungen, als Rechtstitel, für fortbestehend erklären müssen. *)

IV.

Ueber Artikel 15.

Es gehört dieser Artikel unter jene, welche nach Art. 31 nur für streitige und unaufgeklärte Fälle maßgebend sind. Er besagt:

„In allen Fällen, auch wo das Kirchspiel nicht an der Ordnung zu bauen ist, muß es Hand- und Fuhrarbeiten zu dem Bau (nämlich der Kirchen- und Pfarrhäuser Art. 18) unentgeldlich leisten, wenn nicht für einen bestimmten Ort nachgewiesen werden kann, daß dort der Zehntherr oder die Kirchenkasse die Pflicht auf sich haben, diese Arbeiten in ihren Kosten verrichten zu lassen."

Aus Anlaß der Zehntablösung sind in neuester Zeit viele Rechtsstreite entstanden, welche die Frage betrafen, ob dem Zehntherrn im einzelnen Falle die Obliegenheit zu den erwähnten Leistungen zukomme. Es ist daher die Auslegung obigen Artikels, über den Meinungsverschiedenheit besteht, von besonderer Wichtigkeit.

Man muß hierbei vor Allem auf das System des Bauedikts zurückgehen. Dasselbe zerfällt, wie oben (I) darzustellen versucht wurde, in generelle Vorschriften (über die „Baupflicht im Allgemeinen") und in specielle Regeln für einzelne Gattungen von Gebäuden und Bauleistungen. So wie es in Art. 6 ff. für die Hauptleistungen bei Kirchen- und Pfarrhausbauten drei Baupflichtige bezeichnet, von denen jedoch immer der Nachfolgende nur dann an die Stelle des zuvor Berufenen tritt, wenn für diesen ein natürlicher *) oder rechtlicher Befreiungsgrund spricht; so erklärt Art. 15 die Kirchengemeinde für Hand- und Fuhrarbeiten als den Nächstbaupflichtigen. So wie ferner das Gesetz den vor der Gemeinde zu Leistung der Hauptarbeiten pflichtigen Zehntherrn das Recht einräumt, die ihnen in jener Eigenschaft vom Gesetze zugemuthete Verpflichtung dann auf die Kirchengemeinde überweisen zu lassen, wenn für die Gemeinde ein noch gewichtigerer Verpflichtungsgrund, als der in dem Artikel 7 des Gesetzes beruhende besteht; so gibt dieses in Art. 15 der Kirchengemeinde hinsichtlich der Hand- und Fuhrarbeiten gleiche Befugniß.

Daß in dem Artikel die Worte beigefügt sind „auch wenn das Kirchspiel nicht an der Ordnung zu bauen ist" geschah offenbar nur zu mehrerer Verdeutlichung dessen, daß jene Verpflichtung nicht blos in den Fällen eintrete, wo das Kirchspiel selbst, sondern wo auch ein Anderer haupt-baupflichtig ist; sollte aber in Vergleichung mit der Auflage, welche in Art. 6 und 7 den Hauptbaupflichtigen gemacht wurde, keine besondere Verstärkung der Pflicht des Kirchspiels enthalten. —

Wenn nun der Artikel nicht näher erwähnt, welche Beweise vom Kirchspiele zu Darlegung seiner Freiheit und der Pflicht eines Andern zu führen sind, so darf man doch — in der Erwägung, daß das Gesetz sowohl hinsichtlich seiner Wirksamkeit überhaupt (seiner Anwendbarkeit auf die Vergangenheit) als hinsichtlich der Grundsätze, welche es über thatsächliche Begründung der Pflicht und Freiheit an mehreren Stellen ausspricht, eine von der sonstigen Landesgesetzgebung wesentlich abweichende Theorie befolgt — annehmen, daß dasselbe bei allen gleichartigen Fällen auch die nämlichen Grundsätze angewendet sehen will, und folgeweise, daß in der hier in Frage stehenden Beziehung (der Pflicht zu Hand- und Fuhrdiensten) von der Kirchengemeinde nicht mehr gefordert werden kann, als was für die Hauptbaupflicht erforderlich ist, um sie von der Kirchenkasse oder dem Zehntherrn ab- und der Gemeinde zuzuwenden.

Hiefür spricht auch die Natur der Sache.

Schon die ältere Doktrin und Praxis, s. Walter, Kirchenrecht §. 252 ff, gründete den Beizug des Zehntherrn zum Kirchenbau darauf, daß er Nutzungen bezieht, welche ursprünglich der Vorsorge für den Gottesdienst gewidmet gewesen sein sollen, daß er also gewissermaßen das Kirchenvermögen selbst genießt. Diesen Grund (wenn er auch, theilweise wenigstens, jetzt nur als eine Fiktion betrachtet werden kann) haben die neuern Gesetze, welche die Bauverbindlichkeit des Zehntherrn beibehalten, durch keinen Andern ersetzt. Unsere vaterländische Gesetzgebung hat ihn namentlich insoweit wieder anerkannt, als in Art. 32 des Kirchenlehenherrlichkeitsedikts dem durch Herkommen ꝛc. vielfältig baupflichtig gewordenen Patronus seine Baupflicht insoweit nicht abgenommen wurde, als ihm

„nutzbringende Berechtigungen, Ortsherrlichkeit, Zehntherrlichkeit, Widdumsgutbesitz oder sonstige Inhabung

*) Beispiele solcher Bestimmungen des ältern Rechts finden sich insbesondere hinsichtlich der Frohndleistungen bei Kirchen, Pfarrhäusern und Schulen vor. So verfügt eine churpfälzische Verordnung v. 11. Okt. 1767, daß da, wo die geistliche Administration baupflichtig sei, die Unterthanen Spann- und Handfrohndienste zu leisten, aber vor der Administration Wein und Brod zu erhalten hätten, und diese Verfügung zu keiner Konsequenz für andere Bauschuldige dienen dürfe. — Die badische Hofraths-Instruktion v. 28. Juli 1794 besagt: „Frohnden hat das Kirchspiel zu dem Bau nicht zu leisten, außer wo der Bauherr ein solcher ist, der aus seinen eigenen Verhältnissen gegen die Kirchspielglieder Frohnden von denselben zu fordern hat. (Wenn er also Ortsherr ist, und in dieser Eigenschaft das Frohndrecht von Alters her hergebracht hat.) —.

Aeltere Bauverordnung was die ehmals würzburg'schen Landestheile betrifft (v. 11. April 1687 und 26. Mai 1758) s. in der Sammlung W. V. Bd. I. S. 358, Bd. II. S. 746.

*) Geldmangel der Baukasse.

Digitized by Google

ehemaliger mit bleibenden Verbindlichkeiten gegen die Kirche übergegangener Kirchengüter"

zusammen.

Der Verpflichtungsgrund des Kirchspiels dagegen besteht in dem Gebrauch der Kirchen zur Gottesverehrung der andächtigen Kirchspielsgenossen, und, hinsichtlich der Pfarrhäuser, in der Nothwendigkeit, daß der Geistliche unter der, seiner Belehrung und seines Rathes bedürfenden Gemeinde wohne.

Ist nun aus Rücksichten der Billigkeit vom Gesetze für unaufgeklärte Fälle eine species der Baulast dem Zehntherrn, die andere der Kirchspielsgemeinde zugetheilt worden, so ließe sich in der That nicht absehen, warum das Kirchspiel da, wo es seine Befreiung von der in eventum ihm zugetheilten species der Baulast nachweisen will, nicht nach denselben Grundsätzen behandelt werden sollte, welche in den dem Art. 15 vorhergehenden Sätzen für völlig analoge Verhältnisse gegeben sind. —

So wie demnach der Zehntherr seiner in Art. 7 ihm auferlegten Schuldigkeit enthoben ist, wenn er nachzuweisen vermag, daß das Kirchspiel wegen Eintrittes einer der in Art. 1 und 2 aufgeführten unbedingten Verpflichtungsgründe bauverbindlich sei, so muß dem Kirchspiel, als primo loco für Hand- und Fuhrdienste (bau-)pflichtig, durch die Nachweisung, daß für den Zehntherrn ꝛc. hinsichtlich der fraglichen species von Bauarbeiten aus Art. 1 oder 2 ein unbedingter Verpflichtungsgrund sich ergebe, die Befreiung zu Theil werden.

Finden nun die allgemeinen Regeln der gedachten Artikel ebenfalls ihre Anwendung auf die in Art. 15 behandelten Baulasten, so fragt es sich, da hinsichtlich der Folgen rechtskräftiger Urtheile und urkundlicher Anerkenntnisse im Allgemeinen nie Zweifel bestanden, und von welcher Beschaffenheit ein Baufaktum sein muß, das die Verbindlichkeit des Zehntherrn ꝛc. nachweisen soll.

Diese Frage dürfte einfach dahin beantwortet werden: Es müssen die Hand- und Fuhrarbeiten bei einem Bau- oder einem Hauptreparationsfalle auf Kosten des Zehntherrn ꝛc. verrichtet worden sein, und der Zehntherr ꝛc. nicht darthun können, „daß jener Vorgang von ihm in Wohlthatsweise geschah und als eine Gutthat auch vom Kirchspiele aufgenommen wurde." —

Da nämlich der Zehntherr nirgends die Verbindlichkeit hat, vorsorglich irgend einer Bauarbeit sich zu unterziehen, er also jedes Bauwesen seinem Schicksale überlassen kann, wenn er nicht da, wo er zu den Haupterbeiten bereitwillig ist, vorzieht, bei etwaiger Weigerung der Gemeinde, diese, vermöge deren doppelter Pflicht zum vorsorglichen Bau sowohl, als auch zu den besondern Dienstleistungen, im polizeilichen Wege anhalten zu lassen; — — so muß bezüglich auf jede Hand- und Fuhrarbeit, welche der Zehntherr dennoch vornahm, die gesetzliche Präsumtion des Art. 1, daß aus Schuldigkeit gehandelt wurde, in so lange eintreten, als nicht der Akt der Wohlthätigkeit nachgewiesen werden kann.

Man hat zwar aus dem Artikel 31 ableiten wollen, daß ein Baufaktum ein s. g. „Verjährtes" sein müsse, wenn es auf den Zehntherrn oder die Kirchenkasse die in Art. 15 der Kirchengemeinde auferlegte Pflicht übertragen sollte; man hat sogar aus eben jenem Artikel geschlossen, daß das Baufaktum schon vor Einführung des Ediktes ein Verjährtes gewesen sein müsse und daß jede Leistung des Zehntherrn ꝛc. an Fuhr- und Handarbeiten unter der Herrschaft des Edikts als eine Sache der freien Willkühr zu betrachten sei.

Es dürfte indessen durch die Beiträge II und III (oben) bereits genügend nachgewiesen sein, daß der Gesetzgeber da, wo er bei Bauleistungen den Ablauf einer Verjährungszeit erfordert, um aus denselben Verpflichtungsgründe abzuleiten, Fälle, wie die des Art. 15, überall nicht im Auge hatte.

Was die Behauptung insbesondere betrifft, daß die betreffende Leistung schon vor Einführung des Edikts stattgefunden haben müsse, so ist zu bemerken: Art. 15 sagt keineswegs „es müsse zu Befreiung der Gemeinde nachgewiesen werden, daß schon vor Einführung des Edikts die Arbeiten von Seite des Zehntherrn geleistet worden seien", und Art. 2 schreibt ebensowenig vor, daß Anerkenntnisse und Urtheile, welche über die Baupflicht maßgeben sollen, schon vor Einführung des Edikts vorgelegen haben müssen, als Art. 1 eine derartige Bestimmung hinsichtlich der Baufakta enthält. Bekanntlich kehrt die Nothwendigkeit der Vornahme eines neuen Baues oder einer Hauptreparation an einem und dem nämlichen Gebäude erst in längern Zwischenräumen wieder. Wurde eine solche Wiederherstellung eines ältern Gebäudes erst unter Herrschaft des Edikts nothwendig und es unterzog sich der zur Leistung der Hauptarbeit pflichtige Zehntheer nicht nur dieser, sondern auch der Bestreitung der Hand- und Fuhrarbeiten, so findet hierin das Gesetz ein für sich genügendes faktisches Anerkenntniß der schon vor seiner Publikation bestandenen, seither nur wegen mangelnder Gelegenheit nicht geübten Verbindlichkeit zu den fraglichen Leistungen, das die Ermittelung des Entstehungsgrundes oder ursprünglichen Titels der Verbindlichkeit überflüssig macht.

Als Sache der freien Willkühr kann eine Bauhandlung nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes nur dann angesehen werden, wenn Derjenige, welcher sie vornahm

„darlegt, daß der Vorgang aus freiem Antrieb in Wohlthätigkeitsweise von ihm geschah und als eine Gutthat auch vom Kirchspiele aufgenommen wurde."

Diesen Beweis zu führen ist immer erlaubt; er kann aber aus dem Umstande, daß Art. 15 so, wie oben erwähnt wurde, und nicht Anders lautet, nicht abgeleitet werden. So lange jener Beweis nicht geführt ist, unterstellt das Gesetz das Dasein eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen dem Leistenden und dem, zu dessen Vortheile die Leistung geschah. (Also das Gegentheil von dem, was Landrechtsatz 2232 a bei einer res merae facultatis voraussetzt.)

Noch mit mehr Grund ließe sich von Leistungen der Zehntherrn ꝛc., welche vor Einführung des Edikts in Gegenden vorkamen, in denen ein bestimmtes Gesetz die Pflicht zu Hand- und Fuhrdiensten den Gemeinden auflegte, behaupten, sie seien aus freier Willkühr entsprungen, wenn nicht auch in diesem Falle der Art. 1 den besondern Beweis der freien Willkühr in der oben erwähnten Art forderte und fordern mußte, weil auch in jenen Gegenden die Pflicht der Gemeinden in der Regel nur mit Vorbehalt des Nachweises besonderer Befreiungsgründe bestand. (M. vergl. z. B. die Fürstlich Würzburgsche Verord. v. 26. März 1759. Samml. Bd. II. S. 716).

Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 27. November 1841.

I.

Ueber analoge Anwendung der Sätze 92 a. e. und 92 a. f. des Handelsrechts auf den Kauf.

(Vergl. den Aufsatz I. in No. 85. dieser Blätter.)

Nach Satz 1648 des Civilrechts muß die Klage auf Zurücknahme einer Waare wegen Fehlern in einer kurzen Frist geschehen. Die Feist soll sich nach der Beschaffenheit der Mängel und nach Gebrauch des Orts, wo der Kauf geschah, richten. Diese Unbestimmtheit wird in dem Bericht des Tribun. Fauco Buch III. Tit. VI. des Code civil mit den Worten gerechtfertigt:

> La loi proposée veut, que l'action soit intentée dans le plus court délai: elle ne pouvait établir à cet égard un délai commun. L'usage des lieux et la prudence des juges y suppléront.

Der Hauptgeund, warum man die Frist der Zeit noch nicht bestimmte, lag darin, daß für die gewöhnlichsten Fälle der Actio redhibitoria für die Wandelklagen bei Viehmängeln in den verschiedenen Provinzen von Frankreich selbst in den größeren Städten bereits Gesetze oder doch Gewohnheitsrechte existirten, durch deren unnöthige Aufhebung oder Abänderung nur Verwirrung herbeigeführt worden wäre. Die Bestimmung der Frist in andern Fällen konnte man bei dem richtigen, von aller Pedanterie entfernten, praktischen Sinn der französischen Juristen recht wohl dem richterlichen Ermessen überlassen.

Der Grund, warum überhaupt eine kurze Frist vorgeschrieben wurde, liegt in der Natur der Sache. Es ist nämlich ein sicherer Verkehr nicht mehr denkbar, wenn ein Kauf die ganze Dauer der gewöhnlichen Verjährungszeit hindurch wegen schlechter Beschaffenheit der Waare anfechtbar bleiben soll, und beide Theile sind wegen der zu führenden Beweise dabei interessirt, daß die Frage über die richtige oder unrichtige Beschaffenheit der Waare, wenn sie einmal vor den Richter gebracht werden soll, demselben sobald als möglich vorgelegt wird.

Es fordert dieses auch die Gerechtigkeit, weil nach längerer Zeit in der Regel ein Urtheil, welches dem materiellen Recht entspricht, dem Richter nicht mehr möglich ist.

Man denke sich nun den Fall, daß Waaren mit Gestattung längerre Zahlungsfrist (etwa 6 Monate) verkauft und zugesendet werden. Der Käufer verhält sich ruhig, bis er nach Ablauf der Frist um Zahlung angegangen wird, und widerspricht jetzt die richtige Vertragserfüllung von Seiten des Verkäufers. Wie soll nun dieser den Beweis führen, daß er durch Zusendung gehörig beschaffene Waare vor 6 Monaten und länger seinen Vertrag erfüllt, während sich, seitdem die Waare im Besitz des Käufers befindet, aus dessen Waarenlager sie vielleicht gar nicht mit Gewißheit herausgefunden werden kann?

Man bedenke nur, daß fast alle Verkäufe im Handel mit Gestattung von Zahlungszielern abgeschlossen werden.

Man bedenke nun, daß ohne Bestimmung einer kurzen Frist zur Erklärung des Käufers dem Verkäufer gar kein gesetzliches Mittel zu Gebot steht, seine Contrahenten zur Erklärung über Annahme oder Nichtannahme zu zwingen, weil er kein Richter ist und folglich keine Rechtsnachtheile androhen kann, daß er daher, Mangels einer Erklärung des Käufers, immer zum Betreten des Rechtswegs genöthigt sein würde, welchen er erst, wenn es zu spät ist, nach Ablauf des Zahlungstermins betreten kann.

Die Actio redhibitoria hat von Seiten des Käufers ganz denselben Zweck, wie jede andere auf den Landrechtssatz 1184. gestützte Vertragsauflösungsklage. Der Verkäufer will den Verkauf aufgelöst, er will Alles in den Stand zurückversetzt wissen, als wenn ein Kauf niemals abgeschlossen worden wäre; denn er will die verkaufte Sache dem Verkäufer zurückgeben und seinen Kaufschilling wieder haben oder behalten. Die Actio redhibitoria hat auch denselben Grund, wie eine andere auf den Landrechtssatz 1184. gestützte Auflösungsklage, denn in der Behauptung, es sei selbst ohne Verschulden des Verkäufers eine fehlerhafte Sache übergeben, obgleich eine fehlerlose gekauft gewesen,

Digitized by Google

liegt offenbar die Behauptung, es sei der Vertrag von Seiten des Verkäufers nicht erfüllt worden.

Erhebt nun derjenige, welchem in Folge eines Kaufs eine Sache übergeben worden, nicht innerhalb kurzer Frist die Actio redhibitoria, so darf er auch noch längere Zeit mit der Einrede, die Waare habe bei der Uebergabe die vertragsmäßige Beschaffenheit nicht gehabt, nicht gehört werden.

Denn mit dieser Einrede sagt er weiter nichts, als er sei wegen Mangels gehöriger Erfüllung von Seiten des Verkäufers berechtigt, den Vertrag nicht zu erfüllen, oder — da sich nach Landrechtssatz 1184. der Vertrag nicht kraft Gesetzes auflöst — die Auflösung desselben durch den Richter zu begehren. Dieses Recht hat aber er dadurch verwirkt, daß er es nicht zur gehörigen Zeit geltend gemacht hat.

In der Uebergabe einer Waare in Folge eines Verkaufs liegt die Erklärung des Verkäufers, die übergebene Waare sei die verkaufte, und wer diese Behauptung nicht in Zeiten widerspricht, erklärt dieselbe stillschweigend für wahr.

Hieraus ergiebt sich, daß schon unser Civilrecht den Grundsatz ausspricht, nur innerhalb kurzer Frist dürfe man sich über die Beschaffenheit der Waare beschweren. Es könnte daher der analogen Anwendung der Frist des Landrechtssatzes 92 a. f. nichts anderes entgegengesetzt werden, als dieselbe sei für den gerade streitigen Fall zu kurz, was wohl selten wird behauptet werden können.

Damit wäre aber allerdings die analoge Anwendung des Handelsrechtsatzes 92 a. e. noch nicht gerechtfertigt.

Allein abgesehen von der Bestimmung des Landrechtssatzes 1648. ist doch die ausdehnende Auslegung eines Gesetzes erlaubt, wenn dessen Grund auch auf ein anderes Rechtsverhältniß paßt, welches dem durch jenes Gesetz geregelten ähnlich ist. Sie ist im Landrechtssatz 4 a. dem Richter zur Pflicht gemacht, wo ihm ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt und zugleich der Grund und Zweck eines Gesetzes auf verwandte Gegenstände paßt.

Wir haben daher vor Allem nach dem Grund und Zweck der Bestimmungen der Handelsrechtssätze 92 a. e. und 92 a. f. zu fragen. Dieser Grund und Zweck ergibt sich aus den angeführten Gesetzen selbst und ist kein andrer, als daß der Kaufbesorger recht bald erfahre, der Besteller wolle die ihm zugesandte Waare nicht annehmen, und daß unterdessen für die Erhaltung der res integra gesorgt werde; denn indem jene Sätze die Wirksamkeit der Annahmeweigerung des Bestellers von einer ungesäumten Benachrichtigung des Kaufbesorgers durch den Besteller, von einer gehörigen Fürsorge für Erhaltung des Bestands der Waare und für ein ordentliches Beweismittel über deren Beschaffenheit abhängig machen, sind sie offenbar zum Vortheil des Kaufbesorgers gegeben, und dieser Vortheil besteht — weil ein anderer aus dem Gesetz sich nicht ableiten läßt — lediglich darin, von der Weigerung sobald als möglich Kenntniß zu erhalten und zugleich in den Stand gesetzt zu sein, den Weigerungsgrund des Bestellers zu prüfen, jedenfalls aber über die gelieferte Waare frei verfügen zu können.

Diesen Vortheil kann er dadurch benutzen, daß er sogleich für den Beweis der richtigen Ausführung der Bestellung von seiner Seite, oder für den Beweis der Nichterfüllung von Seiten des Verkäufers ihm gegenüber sorgt, um gegen den Einen oder den Andern mit Erfolg den Rechtsweg betreten zu können. Es kann jenen Vortheil auch dazu benützen, die mit dem Einen oder dem Andern zu erwartenden Streitigkeiten durch ein kleines Opfer schnell auszugleichen und über die Waare weiter zu verfügen, ehe sie wegen zu befürchtenden Conjuncturen, Wechsel der Mode und dergleichen ihren Werth verliert.

Möglicherweise könnte der Grund und Zweck der oft erwähnten Gesetze auch der sein, den Kaufbesorger vor Chikanen des Bestellers sicher zu stellen, denen er immer ausgesetzt wäre, wenn der Besteller nicht genöthigt sein würde, sich über Annahme oder Nichtannahme in kurzer Frist zu erklären.

Alle diese Gründe passen aber ebenso auf den Verkäufer seinem Käufer gegenüber; sie passen ganz auf den Verkäufer seinem früheren Verkäufer gegenüber, und der Fall, daß ein Kaufmann heute verkauft, was er vor wenigen Tagen erst gekauft hat, kommt im Handel noch häufiger vor, als daß ein Kaufbesorger bestellte Waaren liefert, die er kurz erst von einem Dritten angekauft hat.

Namentlich werden von Großhändlern nicht selten große Partien Waaren gekauft und wieder an Abnehmer verkauft, welche sich noch unterwegs befinden. Es wird über solche Waaren für solche Abnehmer verfügt, ohne daß sie den Wohnort des Großhändlers erreichen, wenn dieser von einem Speditionsplatz weiter entfernt liegt, als der des Abnehmers. In solchen Fällen kennt der Großhändler die Waare nicht aus eigener Ueberzeugung, sondern muß sich ganz auf seinen Verkäufer verlassen.

Eben so ist die Aehnlichkeit, die Verwandtschaft der beiden Rechtsverhältnisse unverkennbar. Denn der Käufer hat gegen den Verkäufer ganz dieselben Rechte und Verbindlichkeiten, wie der Besteller gegen den Kaufbesorger. Der Besteller kann von dem Kaufbesorger Erfüllung des Lieferungsvertrags und der Käufer von dem Verkäufer Erfüllung des Kaufvertrags verlangen, im einen wie im andern Fall besteht aber die Erfüllung in der Uebergabe der (bestellten oder gekauften) Waare gegen den bedungenen (Lieferungs- oder Kauf-) Preis. Man kann im Fall

Digitized by Google

der Nichterfüllung Auflösung des einen wie des andern Vertrags und Entschädigung verlangen. Die Auflösung hat in beiden Fällen die nämliche Folge: Der Besteller oder Käufer zahlt nicht, der Verkäufer oder Kaufbesorger übergiebt nicht. Die Entschädigungsansprüche werden sich in einem wie im andern Fall nach den Sätzen 1146 u. ff. des Landrechts richten, und der Schaden des Bestellers wird der Schaden des Käufers, und umgekehrt der Schaden des Käufers der des Bestellers sein. Beide sind nämlich dadurch beschädigt, daß sie nicht zur gehörigen Zeit in den Besitz der Waare gekommen.

Daß die Rechtsverhältnisse und die aus denselben entstehenden Klagrechte im Gesetzbuch und in der Wissenschaft verschiedene Namen haben, thut nichts zur Sache, weil es nur auf die innere Aehnlichkeit, auf die Verwandtschaft ankommt, weil bei einer vollkommenen Gleichheit eine bloße Aehnlichkeit nicht denkbar wäre, weil die Verwandschaft auch bei ungleichen Tauf- und Familiennamen besteht.

Nur so weit es auf analoge Anwendung eines Gesetzes auf ein ähnliches, unter dasselbe nicht ausdrücklich gestelltes Rechtsverhältniß ankommt, ist die Aehnlichkeit desselben mit dem gesetzlich bestimmten Rechtsverhältniß eine nothwendige Voraussetzung der analogen Anwendung. Es genügt also die Aehnlichkeit des Rechtsverhältnisses des Verkäufers, dessen Käufer über Nichterfüllung gesetzter Bedingungen oder Beschaffenheit der Waare sich beschweren will, mit dem Rechtsverhältniß des Kaufbesorgers, dem gegenüber der Besteller Gleiches hinsichtlich der bestellten Waaren behauptet. Alle anderen Verschiedenheiten der beiden Rechtsverhältnisse stehen daher auch der analogen Anwendung nicht entgegen.

Es giebt gewiß keinen größeren Unterschied als zwischen dem Zustand eines Herrn und dem eines Sklaven. Werden aber beide in gleichem Grade von der Cholera befallen, so wird ihr Zustand so viele Aehnlichkeit haben, daß ein vernünftiger Arzt den einen behandelt wie den andern.

Durch das bisher Gesagte halte ich die Ausführung in dem in der Ueberschrift angeführten Aufsatz bis zu II. 4. für widerlegt.

Zu dem Einwand II. 5., daß der Handelsrechtssatz 92 a.o., in so fern er Differenzen über den Einkaufspreis unterstelle, einer Anwendung auf den Kauf nicht empfänglich sei, weil bei nicht vorher erfolgter Vereinigung über den Kaufpreis ein Verkauf nicht als abgeschlossen gelten könne, bemerke ich: der Handelsrechtsatz 92 a. e. handelt nur von dem Fall, in welchem der Besteller wegen nicht erfüllter Bedingungen nicht annehmen will, ein solcher gute oder böse Wille ist beim Kauf eben so denkbar, wie bei der Kaufbesorgung. Denn der Käufer kann eben so mit Unrecht sich über einen ganz richtig facturirten Kaufpreis beschweren, als dies mit Unrecht von Seiten des Bestellers hinsichtlich der Erfüllung der Vertragsbedingungen durch den Kaufbesorger geschehen kann.

Zu II. 6. sagt der Handelsrechtsatz 92 a. f. kein Wort davon, daß der Besteller das Erfundszeugniß dem Kaufbesorger zusenden soll, sondern jenes Gesetz verlangt nur die Anlage desselben. Der Grund dieser Bestimmung ist leicht zu finden. Es soll sogleich für die Erhebung eines Beweises gesorgt werden, der später in der Regel nicht mehr möglich ist.

Ein solches Zeugniß ist in jedem Fall (7.) höchst praktisch. Denn bei dem Verkauf eines concreten Gegenstandes wird dessen Identität durch die Identität aller Eigenschaften geführt werden können, und hiefür dient die aufgenommene Expertisse als Beweismittel.

Beim Kauf auf Muster pflegen die Handelsleute die zugezogenen Sachverständigen Muster und Waare mit einander vergleichen zu lassen, und sollte es an einem Muster fehlen, so kann eine genaue Beschreibung des Befunds später zur Vergleichung mit dem Muster selbst dienen. Experten sind nichts Anderes als sachverständige Zeugen, ihre beschworene Aussage über einen früheren Erfund hat daher später vor dem Richter eben so viel Gewicht, als wenn ein gewöhnlicher Zeuge über seine frühern sinnlichen Wahrnehmungen aussagt.

Beim Verkauf auf Probe mit bedungener Probezeit kann man es der mit der Waare zugesandten Factura oder Rechnung sogleich ansehen, ob die darin gesetzten Bedingungen dem Vertrag gemäß oder anders aufgeführt sind. Es findet daher der Handelsrechtsatz 92 a. e. seine ungestörte Anwendung. Dagegen tritt hinsichtlich des Handelsrechtsatzes 92 a. f. der gewöhnliche Unterschied zwischen dem Kauf auf Probe mit bestimmter Probezeit und zwischen unbedingten Käufen ein. Dieser Unterschied hat aber nur zur Folge, daß die Frist des Handelsrechtsatzes a. f. erst dann zu laufen beginnt, wenn die Probezeit umlaufen oder es vorher gewiß geworden, daß die Waare die Probe nicht bestehen wird.

Richtig ist die Behauptung, daß der Kaufbesorger dadurch, daß er seine eigenen Waaren liefert, sein Rechtsverhältniß zu dem Besteller nicht in das des Verkaufs verwandeln kann. Denn er bleibt nach Handelsrechtsatz 92 aa. im Falle eines Widerrufs der Bestellung selbst in dem Fall, wenn er die Bestellung mit eigenen Waaren bereits ausgeführt und dieses Geschäft schon gebucht hat, verbunden, bei dem Besteller vor der Absendung unaufgehalten anzufragen, ob dieser die Waaren gesendet verlange, oder auf dem Platz darüber verfügen wolle. Diese Verbindlichkeit, welche rein aus dem Auftragsvertrag folgt, würde ihn aber nicht treffen, wenn er zum Verkäufer geworden wäre, welcher unter allen Verhält-

Digitized by Google

nissen berechtigt ist, gegen Uebergabe der Waare den Kaufpreis zu verlangen.

Aber diese und andere Verschiedenheiten zwischen Verkauf und Kaufbesorgung heben die oben bewiesene Aehnlichkeit beider Rechtsverhältnisse in den Fällen des Handelsrechtsatzes 92 a. e. und 92 a. f. nicht auf.

Schließlich noch eine Bemerkung über das in Beziehung auf Landrechtssatz 1172. und 1234. Gesagte:

Der Lieferungsvertrag kommt nur auf zweierlei Wegen zu Stande. Entweder verspricht der angegangene Kaufbesorger die bestellte Lieferung, oder er antwortet durch Ausführung der Bestellung, durch die Lieferung selbst. Im letzten Fall hat er die Waare gefunden, im erstern muß er liefern, wie der Verkäufer, und das Herbeischaffen ist seine Sache, um die sich der Besteller so wenig als der Käufer zu kümmern hat, dem eine Waare vom Verkäufer zugesagt ist. v. Soiron.

II.

Die Rechtsmittel in gerichtlichen Straffachen.

In den Blättern für Justiz rc. II. Jahrg. 4. u. 5. Heft, S. 337 u. ff. sind unter vorstehender Aufschrift mancherlei Rechtsmeinungen und Grundsätze aufgestellt, welche einer näheren Besprechung empfänglich zu sein scheinen. Unter anderen dürfte I. der Satz, daß nach der historischen Entwicklung dieser Lehre die Auslegung im Zweifel gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gemacht werden müsse — S. 390 — zu bestreiten sein, weil die sonst herrschende Ansicht, daß in dubio die Auslegung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels geschehen soll, eben jetzt um so mehr festgehalten zu werden verdient, als die Gesetzgebung das alte System, welches insbesondere die ordentlichen Rechtsmittel ungebührlich beschränkte, in neuerer Zeit verlassen und gegen jedes Erkenntniß in Straffachen einen höheren Rechtszug eröffnet hat.

Warum sollte man auch trachten, hier, wo es sich um die höchsten Güter des Menschen handelt, die Rechtsmittel von Richteramtswegen zu beschränken, da sie doch den Zweck haben, die möglichst richtige Entscheidung herbeizuführen, die Schuld oder Unschuld, die größere oder geringere Strafbarkeit eines gerichtlich Verfolgten zu ermitteln! Es möchte dem Richter um so weniger ziemen, sich im Zweifel gegen die Zulässigkeit eines Rechtsmittels zu entscheiden, als gerade er es ist, welcher den Zweifel abmovirt und daher leicht in Versuchung geräth, seine etwaige Eingenommenheit gegen die Rechtsmittel durch selbstgeschaffene Zweifel zu bethätigen.

II. Die Frage: ob dem Beschuldiger ein Recursrecht zukomme? (S. 408.) ist bereits gewürdigt in den Annalen l. J. No. 38. II. *) Die §§. 19. und 22. des Strafedikts handeln von den Kosten und Ersatzansprüchen im Untersuchungs- und Beschuldigungsprozesse, indem sie die in den Art. 99. und 201. der peinlichen Gerichtsordnung enthaltenen Bestimmungen mit einigen Modificationen herüberziehen, ohne wegen der Rechtsmittel in Ansehung des Strafpunkts etwas zu verfügen. Der Inhalt des §. 22. reducirt sich darauf, daß der Austrag des Privatinteresses zwischen den Partrien, wenn solches in dem Strafurtheile selbst keine befriedigende Lösung gefunden hat, auf dem bürgerlichen Rechtswege vor sich gehen und also von dem Beschuldigungsverfahren abgesondert werden soll. Darum ist es kaum zu begreifen, wie man hierin mit Bezug auf §. 8. und 21. ibid. die Constituirung einer Societas leonina finden wollte, bei welcher dem Beschuldiger vorzugsweise die Schlappen zugedacht sind.

III. Die anderseitige Annahme, daß dem Angeschuldigten und nur diesem gegen die Verwerfung einer gebotenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und eine Nichtigkeitsklage der Recurs an den höheren Richter zustehe (S. 417. und 418.), verräth keine genaue Distinction zwischen beiden Rechtsmitteln und den ihnen unterliegenden Erkenntnissen. Es ist, um die hier zur Anwendung kommenden Grundsätze aufstellen zu können, vor allem nöthig, beide Rechtsmittel von einander zu trennen, da sie in mehreren Punkten wesentlich differiren.

1) Wiedereinsetzung. Wie der §. 18. des Strafedikts wegen neuer Inzichten die Reassumtion der Untersuchung gegen einen Losgesprochenen zum Zweck seiner Ueberführung und Verurtheilung vorbehält, so gestattet der Cabinetsbefehl vom 16. März 1812 (im §. 30. der Erläut.) wegen neuer Thatsachen und Beweise die Wiederaufnahme der Untersuchung zum Behuf der Freisprechung oder gelinderen Bestrafung eines Verurtheilten. Fälle solcher Reassumtionen liefern die Annalen von 1837 No. 30. II. und von 1838. No. 41. I. Die Wiederaufnahme geschieht entweder von Amtswegen oder auf Begehren des Verurtheilten, beziehungsweise seiner Eben und Verwandten, ohne daß letzterenfalls die Einreichung einer förmlichen Restitutionsklage erforderlich wäre. Die Würdigung der neuen Materialien steht demjenigen Richter zu, dessen Urtheil durch dieselben alterirt werden soll. Prozeßordnung § 1251. und P. G. §. 85.

Wenn andererseits auch noch die für Wiederherstellungsklagen im bürgerlichen Prozeß ergangene Rechtsbelehrung vom 22. Aug. 1808 (Regierungsbl. No. 28.) auf das

*) Dort kommen einige Druckfehler vor, wie z. B. „ein Scherz" statt „im Scherz" und „hochfällig" statt „sachfällig".

Digitized by Google

Verfahren bei der Wiedereinsetzung im Strafprozesse herübergezogen werden will (S. 414), so ist dagegen zu erwägen, daß diese blos doktrinelle Interpretation durch den §. 1251, der mit dem 1. Mai 1832 in Wirksamkeit getretenen Prozeßordnung bereits aufgehoben war, als das Gesetz vom 3. August 1837 erschien, dessen §. 2. unter anderen hinsichtlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf die bestehenden Rechte verweist. Zudem ist die gedachte Rechtsbelehrung, in so weit sie von 3 Instanzen spricht, auf den Strafprozeß, welcher nur zwei Instanzen kennt, nicht anwendbar.

Es entsteht nun, dies vorausgeschickt, die Frage: von welchem Gericht das Urtheil, gegen das Restitution gesucht wird, erlassen worden ist?

a) Im reinen Untersuchungsprozesse.

Ist das Urtheil ein hofgerichtliches, so findet neben dem Rekurs des Angeschuldigten, oder derer, welche ihn zu vertreten befugt sind, auch jener des Staatsanwalts und zwar nicht nur gegen die Verwerfung, sondern auch gegen die Zulassung der Restitution statt, weil er sowohl zum Vortheil als zum Nachtheil des Inkulpaten rekurriren kann.

Wird aber die Wiederherstellung gegen ein amtliches oder oberhofgerichtliches Urtheil gesucht, so steht gegen die Verwerfung derselben im ersten Fall nur dem Angeschuldigten, oder den an seine Stelle tretenden Personen, im zweiten Fall hingegen Niemanden ein Rekurs zu; ersteres, weil der Staatsanwalt überhaupt kein Rechtsmittel gegen amtliche Urtheile hat, und letzteres, weil keine weitere Instanz mehr besteht.

b) Im Anklage- und Beschuldigungsprozesse.

Hier sind die Rechte beider Theile durchaus gleich. Es steht mithin gegen die Zulassung oder Verwerfung der Restitution sowohl dem Ankläger als Angeklagten, sowohl dem Beschuldiger als Beschuldigten der Rekurs zu, je nachdem dieser oder jener beschwert zu sein vermeint. Natürlich läßt aber das Erkenntniß über die gegen ein oberhofgerichtliches Urtheil nachgesuchte Restitution aus dem vorhin angeführten Grunde auch in dieser Prozeßart kein weiteres Rechtsmittel zu.

2) Nichtigkeitsbeschwerde. Da dieses außerordentliche Rechtsmittel nach der jetzigen Gesetzgebung nur bei dem Oberhofgerichte statt findet, so kann von einem weiteren Rechtszug gegen die Zulassung oder Verwerfung desselben keine Rede sein. Annalen I. J., Nr. 34, I. §. 5 *). Unter der Zulassung ist indessen nicht etwa die blos prozeßleitende Verfügung, wodurch die Nichtigkeitsbeschwerde zur Gültigkeitsbehauptung hinausgegeben wird, sondern die wirkliche Aufhebung des angefochtenen Urtheils zu verstehen. Wenn nun a) mit der Bemerkung, daß dem Staatsanwalt die Nichtigkeitsbeschwerde nicht übertragen sei (S. 404), angedeutet werden will, daß ihm dieses Rechtsmittel in keinem Fall zu Gebot stehe, so ist dies wohl eine gewagte Behauptung. Wo nämlich der Staatsanwalt, weil er dazu befugt war, den Rekurs oder die Appellation ausgeführt hat, da ist er auch zur Geltendmachung der Nichtigkeitsbeschwerde berechtigt, also im Untersuchungsprozesse gegen oberhofgerichtliche Urtheile, und im Anklagprozesse gegen hofgerichtliche und oberhofgerichtliche Urtheile zweiter Instanz.

Die gegentheilige Ansicht findet in dem §. 7 des Gesetzes vom 3. August 1837 keinen Haltpunkt, indem dort von dem Rekurs des Staatsanwalts die Rede ist, während der §. 2 ibid., welcher allein von der Nichtigkeitsbeschwerde handelt, dieses Rechtsmittel überall keiner benannten Person oder Partei einräumt, und es also auch dem Angeschuldigten, dem Ankläger und Angeklagten, dem Beschuldiger und Beschuldigten nicht überträgt, obwohl solches gewiß allen diesen Personen zu Statten kommt. Das gedachte Gesetz übergeht die Legitimation zum Gebrauche außerordentlicher Rechtsmittel ganz mit Stillschweigen, und läßt also schlechthin keine Folgerung für oder wider Jemanden zu. In keinem Falle ist den Staatsanwälten irgendwo die Nichtigkeitsbeschwerde entzogen. Sie muß ihnen um so gewisser zustehen, als keine anderen Behörden oder Beamten aufgestellt sind, um Nichtigkeiten, welche zum Theil nur in der Rekursinstanz unterlaufen können, (Annalen l, c,, §. 7, Nr. 3, lit. b, c, d) im Interesse des Gesetzes anzufechten. Man könnte es in der That als eine legislatorische Fopperei bezeichnen, wenn der Gesetzgeber zwar ein Rechtsmittel eingeführt, aber Niemanden die Befugniß verliehen hätte, sich dessen zu bedienen. Dies würde, sonderbar genug, der Fall sein, wenn man, wie andererseits geschieht, dem Staat die Nichtigkeitsbeschwerde zwar zugestehen, von deren Geltendmachung jedoch die Staatsanwälte ausschließen wollte, ohne sonst Jemanden nennen zu können, der sich damit zu befassen hätte!

Uebrigens hat das Oberhofgericht, wenn zur Bestärkung der diesseitigen Ansicht ein Präjudiz nöthig sein sollte — in Anklagesachen gegen Ballweg und Koppelmann, wegen Ehrenkränkung, die gegen das hofgerichtliche Urtheil zweiter Instanz von dem Staatsanwalt erhobene Kassationsbeschwerde ohne Anstand zugelassen und in der Sache selbst entschieden. Vergl. auch Jahrbücher N. F., I. Jahrg., S. 258. —

*) Auch in diesem Artikel haben sich einige Sinn entstellende Druckfehler eingeschlichen, indem es z. B. auf Seite 240 „obsolet" statt „absolut" und auf Seite 241 in „*pejus*" statt in *pepis* heißen sollte.

Digitized by Google

Nicht ganz richtig ist auch b) der Satz: daß die Unheilbarkeit nach der Rechtsähnlichkeit der Nichtigkeiten in bürgerlichen Sachen zu beurtheilen sei, wie solche in dem Edikt vom 28. März 1804 beschrieben werden. S. 399. Zwar sagt der §. 36 der Erläuterung das Nämliche; allein die Verordnung vom 18. August 1806 verweist den Richter auf den Geist jenes Edikts. Diese Verordnung verhält sich zu der Erläuterung, wie das Original zur Copie. Dem Originaltext gebühret aber unstreitig der Vorzug. Daß nun der Gesetzgeber zwischen Rechtsähnlichkeit und Geist des Gesetzes unterscheidet und verschiedene Begriffe damit verbindet, lehret ein Blick in den Landrechtsatz 4a. Ferner ist a. a. O. d davon die Rede: daß die Nichtigkeitsbeschwerde nach Ablauf der Rekursfristen gebraucht werden könne. Allein die Versäumung der Rekursfristen macht gerade die Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig. Wo rekurriet werden dürfte, da findet eben deswegen die Nichtigkeitsbeschwerde nicht statt. Aus der Saumsaal einer Partei kann ihr die Befugniß zum Gebrauch dieses außerordentlichen Rechtsmittels nicht erwachsen, weil es sonst von ihrer Nachlässigkeit abhinge, demselben gegen den Willen des Gesetzes leicht Eingang zu verschaffen. Das Mittel, welches in einem solchen Falle allein zulässig ist, bezeichnet der §. 12 des Gesetzes vom 3. August 1837.

Wenn endlich in der Eingangs belobten Abhandlung d auf S. 413 nach Analogie des §. 168 der O. G. O. dem Kassationskläger freigestellt wird, ob er seine Beschwerde bei dem Amte oder Hofgerichte anbringen will, so darf man lediglich wiederholen, daß dieses Rechtsmittel — und zwar ausschließlich gegen hofgerichtliche und oberhofgerichtliche Urtheile zweiter Instanz — nur bei dem Oberhofgerichte stattfindet, wo dasselbe folglich auch zur Ausführung gebracht werden muß.

Bayer.

III.

Ueber den besondern Pfleger eines Minderjährigen. (Gegen-Vormund).

Nach §. 17 des zweiten Einführungsedikts im Regierungsblatt von 1809 Nr. 53 hat bei uns die Ernennung von Gegenvormündern zu unterbleiben, und ist hingegen da, wo der Vortheil des Vormunds gegen jenen des Minderjährigen anstößt, von der ordentlichen Obrigkeit ein besonderer Pfleger zur Vertretung des Minderjährigen zu bestellen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß ein besonderer Pfleger blos für einen einzelnen Fall aufgestellt werden kann und nicht für alle Fälle, wo der Vortheil des Minderjährigen gegen jenen des Vormünders anstößt. Denn ständige Gegenvormünder dürfen ja nach §. 17 des zweiten Einführungsedikts nicht ernannt werden, sondern es sind an deren Stelle die Waisenrichter getreten. Regierungsblatt von 1810 Nr. 18. Hiernach erlöscht das Amt eines besondern Pflegers mit Beendigung des einzelnen Geschäfts, für welches er aufzustellen war, und ist für jeden besondern Fall, wo das Interesse des Minderjährigen mit dem des Vormundes in Widerspruch geräth, jedesmal ein besonderer Pfleger zu ernennen, der zwar immer eine und dieselbe Person sein kann, aber für jeden einzelnen Fall besonders ernannt, bestätiget und verpflichtet werden muß. Die Amtsgewalt und Amtspflicht eines solchen Pflegers besteht nur darin, daß er im einzelnen Falle, für den er aufgestellt ist, auf den Vortheil des Minderjährigen gegenüber dem des Vormundes zu sehen hat. Landrechtsatz 420. Dieser Pfleger hat aber nicht das Recht, das Vermögen seines Pfleglings zu verwalten, weil dies lediglich Sache des Vormundes, also bei minderjährigen Kindern des Vaters, beziehungsweise der Mutter ist. Landrechtsätze 389, 390, 450. Dieser deutlichen Bestimmungen ungeachtet verbleiben die statt des Gegenvormundes für einen besondern Fall aufgestellten Pfleger doch immer bis zur Volljährigkeit des Minderjährigen in Amt und Pflicht, auch wenn das Geschäft, für welches sie bestellt waren, beendiget ist, und diese Pfleger betrachten sich als die eigentlichen verantwortlichen Vormünder, daher sie dann auch sich das Recht anmaßen, nicht nur das Vermögen der Pfleglinge zu verwalten, sondern auch überhaupt alle Rechte eines Vormundes auszuüben.

Dieser Mißstand, wodurch das Interesse der Minderjährigen sehr gefährdet ist (ich will Beispielsweise nur darauf aufmerksam machen, daß auf dem liegenschaftlichen Vermögen des Vormundes ein gesetzliches Pfandrecht ruht, nicht aber auf dem des Gegenvormundes, resp. besondern Pflegers). Dieser Mißstand sage ich, herrscht meines Wissens im ganzen Lande, und auch die Entscheidungen der Gerichte tragen nicht sehr dazu bei, die gesetzlichen Bestimmungen in der Praxis einzuführen, wie aus nachstehenden Fällen hervorgeht.

1) F. Rehmann, welcher als Pfleger der minderjährigen Kinder des Balthasar Klenklee aufgestellt und verpflichtet war, hat das Vermögen seiner Pfleglinge, das ihnen von ihrem Großvater zufiel, mehrere Jahre verwaltet. Im Jahre 1836 erhob Klenklee eine Klage, mittelst welcher er als gesetzlicher Nutznießer und Verwalter des Vermögens seiner Kinder von Rehmann nicht nur die Bezahlung der Nutznießungssumme, nämlich die Zinse von dem Vermögen, sondern auch die Herausgabe des Vermögens seiner Kinder zur eigenen Verwaltung verlangte. Ueber die Forderung der Nutznießungssumme fand zwischen beiden Parteien ein

Digitized by Google

Abrechnungsstreit statt, der ohne allgemeines Interesse ist, daher dieser Punkt hier nicht weiter berührt wird. Was nun die Klagbitte auf Herausgabe des Vermögens betrifft, so hat Rehmann dagegen eingewendet, daß Klenkler in Gant gerathen sei, daher derselbe, bevor ihm die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder übertragen werden könne, gehörige Sicherheit zu leisten habe. Das Amt Ueberlingen hat durch Urtheil vom 28. Juli 1836 den Beklagten zur Herausgabe des Vermögens für schuldig erklärt. Die Gründe sind:

„Die Klage, insofern sie auf Herausgabe des Vermögens abzweckt, findet ihre rechtliche Begründung in Landrechtsatz 389, wo selbst festgesetzt ist, daß der Vater Verwalter alles Vermögens sei, welches seinen minderjährigen Kindern zugehöre. Die von dem Beklagten dagegen vorgeschützte Einrede, daß Kläger als Gantirer, bevor ihm die Verwaltung des Vermögens übertragen werden könne, gehörige Sicherheit zu leisten habe, wird dadurch beseitiget, daß Kläger als gesetzlicher Nutznießer des Vermögens seiner Kinder keine Sicherheit zu leisten hat, Landrechtsätze 384, 601, und als gesetzlicher Verwalter desselben von der Verwaltung nur in dem Fall, der hier nicht vorhandenen, wenigstens nicht behaupteten Absetzung von der Vormundschaft entfernt werden kann. Landrechtsätze 389, 442 ff. Sodann aber steht den Kindern ein gesetzliches Unterpfandsrecht auf alle Güter des Klägers zu, die er seit seiner Vergantung wieder erworben, Landrechtsatz 2121, wodurch sie im Sinne des Gesetzes genügsam gesichert sind, während der Beklagte als bloßer Gegenvormund oder besonderer Pfleger der Kinder des Klägers gar kein Verwaltungsrecht auf ihr Vermögen anzusprechen hat, diesen aber auch kein gesetzliches Pfandrecht auf den Gütern des Beklagten zukömmt, daher sie gegenüber dem Beklagten nicht im Mindesten gesichert sind."

Das Hofgericht des Seekreises beliebte obigen Bescheid des Amtes Ueberlingen durch Urtheil vom 7. Sept. 1837 dahin abzuändern, daß Kläger mit dem Gesuch um Herausgabe des Vermögens lediglich abzuweisen sei. Die Gründe besagen:

„Das auf Herausgabe des Vermögens seiner Kinder gerichtete Gesuch des Klägers erscheint als verwerflich. Der Kläger führt nämlich selbst an, daß der Beklagte als Pfleger seiner Kinder aufgestellt, und in dieser Eigenschaft unterm 7. März 1829 verpflichtet worden sei. Als solcher hat der Beklagte das Vermögen seiner Pflegbefohlenen zu verwalten, Landrechtsatz 450, dessen Verwaltung sonst allerdings dem Vater gesetzlich zustehen würde, Landrechtsatz 389. Welche Gründe nun die Verwaltungsbehörde veranlaßt haben mögen, dem Kläger die Vormundschaft über seine Kinder, und damit auch die Verwaltung ihres Vermögens zu entziehen, ob dieses, wie der Beklagte behauptet *), in Folge seiner Vergantung oder aus welch andern Ursachen geschah, ob diese Gründe gesetzlich seien oder nicht? Dies zu erörtern, gehört nicht hierher, sondern es genügt schon an der Bemerkung, daß die Aufstellung so wie die Absetzung der Pfleger in den Geschäftsbereich der Administrativbehörden gehört, (Regierungsblatt von 1809, Nr. 51, litt. C §. 20 und Nr. 52, litt. D §. 12c), und daß so lange der Beklagte seiner Vormundschaft nicht enthoben ist, derselbe auch nicht zur Herausgabe des Pflegschaftsvermögens angehalten werden kann."

2) Rentmeister Zwick wurde als Pfleger der Katharina Dreher, einer ehelichen Tochter des Johann Georg Dreher und der Thresia Zwick, ernannt und verpflichtet und hat als solcher gegen Johann Georg Dreher Klage erhoben, in welcher gebeten war: den Beklagten für schuldig zu erklären, die seiner Tochter Katharina Dreher bei Färber Walk zugewiesene und von ihm dem Beklagten eingezogenen 200 fl. wieder an den Kläger als Pfleger seiner Tochter zu ersetzen und demselben auch die Pfandurkunden über die seiner Tochter weiter zugewiesenen Kapitalien von 2000 fl. und 1800 fl. auszufolgen. Das Amt Ueberlingen hat diesem Begehren aus ohngefähr denselben Gründen wie die obigen Hofgerichtlichen mittelst Bescheid vom 7. Oktober 1833 entsprochen, welcher aber von dem damaligen Hofgericht der Seeprovinz zu Meersburg durch Urthril vom 23. Mai 1834 dahin abgeändert wurde: daß der Beklagte noch zur Zeit nicht schuldig sei, das erhobene Kapital von 200 fl. zu ersetzen und die zwei Pfandurkunden über beziehungsweise 2000 fl. und 1800 fl. auszufolgen und daß Kläger die Kosten beider Instanzen allein zu tragen habe.

Die Entscheidungsgründe lauten:

„unstreitig ist die Katharina Dreher, deren Rechte der Kläger in diesem Rechtsstreite geltend macht, eine eheliche Tochter des Beklagten und der im Jahre 1827 verstorbenen Theresia Zwick und dermalen noch minderjährig und noch nicht gewaltsentlassen.

Eben so unbestritten steht dem Beklagten bis zum Eintritt der Volljährigkeit seiner gedachten Tochter an dem ihr zugefallenen Muttergut und insbesondere an den darunter begriffenen drei Kapitalforderungen von beziehungsweise 200 fl., 2000, fl. 1800 fl. die Nutznießung zu.

In Erwägung nun

1) daß dem Beklagten zu Folge des Landrechtsatzes 390 bei der Auflösung seiner Ehe durch den Tod seiner Ehefrau Theresia Zwick die Vormundschaft über seine Tochter Katharina Dreher kraft Gesetzes zufiel.

*) Der Beklagte hat nirgends behauptet, daß dem Kläger die Vormundschaft entzogen worden sei, welches auch zu beweisen gewesen wäre, der Beklagte hat nur, wie oben angegeben, Sicherheit verlangt.

Digitized by Google

2) In Erwägung, daß die Uebernahme der Vormundschaft sowohl eine Pflicht als ein Recht und daß insbesondere der vom Gesetze unmittelbar dazu berufene Vater schlechthin verbunden ist, die Vormundschaft über seine Kinder zu übernehmen, daher auch nicht darauf verzichten, sondern nur aus den in den Gesetzen ausdrücklich gegebenen Gründen und nur mittelst des in den Landrechtsätzen 438 bis 441 vorgeschriebenen Verfahrens die Befreiung von dieser Pflicht erwirken kann;

in weiterer Erwägung

3) daß ihm aber auch das Recht der Vormundschaft keineswegs willkührlich und einseitig, sondern nur im Falle seiner Untauglichkeit oder Unwürdigkeit aus einer der in den Artikeln 442 bis 445 des Landrechts bestimmten Ursachen und nur mittelst des in dem Artikel 446—449 verzeichneten Verfahrens entzogen werden darf;

in Erwägung ferner

4) daß von klägerischer Seite nirgends behauptet wurde, es sei der Beklagte auf die vorgedachte gesetzliche Weise von der Vormundschaft befreit, oder entsetzt worden.

Aus diesen Gründen und weil jedenfalls die durch das Gesetz übertragene Vormundschaft den beiden andern Arten der Vormundschaft nämlich der Testamentarischen und der Dativen vorgeht, auch wie sich aus dem Landrechtsatz 403, 404 und 454 ergibt, immer nur ein einziger allgemeiner, d. h. den Mündel in der Regel in allen und jeden Beziehungen und Verhältnissen des bürgerlichen Lebens vertretender Vormund sein kann, erscheint der Beklagte als dieser allgemeine Vormund seiner minderjährigen Tochter und es kann der klagende Rentmeister Zwick, wenn gleich ihn das Bezirksamt als Pfleger aufgestellt und verpflichtet hat, dennoch nur als Gegenvormund oder ein nach §. 17 des zweiten Einführungsedikts an dessen Stelle tretender und von der Obrigkeit bestellter besonderer Pfleger zur Vertretung des Pfleglings in Fällen, wo der Vortheil des Vormundes mit jenem des Mündels collodirt, angesehen werden. Dem Vormunde aber nicht jenem besondern Pfleger steht nach Landrechtsatz 450 die Pflicht und das Recht zu, das Vermögen des Mündels zu verwalten, wobei er, ausgenommen in einigen wenigen Fällen, für welche die Gesetze besondere Bestimmungen enthalten, nur an die allgemeine Regel gebunden ist, daß er das Mündelgut als ein ehrlicher Mann und verständiger Wirth verwalten solle, wornach er insbesondere verpflichtet und berechtiget ist, die Gelder und Fahrnißstücke des Mündels und die darüber sprechenden Urkunden aufzubewahren, auch die ausstehenden Schulden nach Befinden einzutreiben. Erst nach beendigter Vormundschaft nicht während der Dauer derselben kann nach Landrechtsatz 470 der Vater als Vormund zur Stellung der Verwaltungsrechnung beziehungsweise zur Ausantwortung der Sachen und Urkunden, die er von dem Mündel in Handen hat, und zur Herauszahlung des Rechnungsrückstandes angehalten werden. Zur Zeit also, wo die Beendigung der Vormundschaft noch nicht eingetreten ist, besteht für den Beklagten keine Verbindlichkeit, die von dem Vermögen seiner Tochter erhobenen 200 fl. und die beiden Pfandurkunden an dieselbe oder an irgend einen Vertreter derselben auszuhändigen.

Ja selbst in dem Falle, wenn die Vormundschaft aus was immer für einem Grunde früher endigen sollte als die dem Beklagten an das Vermögen seiner Tochter zustehende Nutznießung oder auch wenn der Beklagte die Vormundschaft gar nie gehabt hätte, so wäre er zur fraglichen Aushändigung noch zur Zeit und so lange die Nutznießung dauert, nicht verbunden, denn auch dem Nutznießer gebührt der Besitz und die Verwehrung der Nutznießungsgegenstände und erst bei Erlöschung der Nutznießung muß er die verbrauchten in gleicher Menge, Güte und Werth erstatten. Landrechtsätze 581, 587 conf. S. 601.

Hiernach mußte also das unterrichterliche Urtheil wie geschehen abgeändert werden.

Mit dieser Darstellung will ich nur gesagt haben, wie es bei dem jetzigen Zustande unserer Gesetzgebung gehalten werden solle. Ich will aber damit nicht sagen, daß die Abschaffung des Instituts des Gegenvormundes und die Einführung des besondern Pflegers und des Waisenrichters zweckmäßig und ersprießlich sei. Ich bin vielmehr von dem Gegentheil überzeugt. Denn der Waisenrichter, der in der Regel für eine ganze Gemeinde aufgestellt ist, kann nicht mit so viel Aufmerksamkeit auf das Interesse jedes einzelnen Minderjährigen acht haben, als ein Gegenvormund, der nur für einen oder ein paar Minderjährige bestellt ist. Und der besondere Pfleger kann nicht mit so viel Umsicht den Vortheil seines Pfleglings wahren, als ein ständiger Gegenvormund, der mit allen Verhältnissen des Minderjährigen vertraut ist. Zudem werden durch die Aufstellung und Verpflichtung eines Pflegers für jeden einzelnen Fall den Minderjährigen viele unnöthige Kosten verursacht, welche durch die Ernennung eines ständigen Gegenvormundes zu vermeiden sind. Aus diesen und andern Gründen wäre es sehr zu wünschen, daß das Institut des Gegenvormundes bei uns eingeführt würde, wie noch manch anderes treffliche Institut des Code Napoleon, welches uns durch das zweite Einführungsedikt vorenthalten wurde, namentlich das ächt germanische Institut des Familienraths, das jetzt auch in Preußen allgemein eingeführt werden soll. Haager.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe den 4. Dezember 1841.

I.

Die Nichtigkeitsbeschwerden in der Badischen Prozeßordnung. Heft II. und III.

Von Hofgerichtsrath Stabel in Mannheim.

Unsere Prozeßordnung spricht an verschiedenen Stellen von der Nichtigkeit des Verfahrens, von einem Verfahren, welches ohne alle rechtliche Folgen ist, vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens, von verzögerlichen Einreden, welche davon hergenommen sind, und von Verletzung prozessualischer Vorschriften überhaupt; sodann von Urtheilen, welche auf unwahre Rechtssätze gebaut sind, sowie von solchen, welche der Partei Etwas zuerkennen, ohne daß sie es verlangte, oder wodurch derselben mehr oder etwas anderes zuerkannt wird, als sie wirklich verlangt hat. Sie kennt ferner als Rechtsmittel zum Schutze gegen dergleichen gesetzwidrige Vorgänge die Nichtigkeitsklage, die Wiederherstellungsklage, die Appellation, die Oberappellation und die Beschwerdeführung. Wenn wir aber fragen: Ob es noch Nullitäten im Sinne des gemeinen Rechtes gebe? Unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Erfolg man sich der angegebenen Rechtsmittel bedienen könne? In welchem Verhältniß unsee System zu jenem des gemeinen Rechtes stehe u. s. w.? — so finden wir nirgends befriedigende Aufschlüsse. Wir sind daher in dem Falle, den Vorwurf, welchen v. Gönnee dem Römischen Rechte in gleicher Beziehung machte, indem er sich dahin äußert: „Dieses Gesetzbuch geht nicht von einem obern Grundsatz zu einem untergeordneten über; es bestimmt blos einzelne Fälle, und überläßt uns die Aufgabe die Bruchstücke zu ordnen, aus einzelnen Bestimmungen Grundsätze auszuheben und aus diesen ein wissenschaftliches Ganzes zu bilden. Woher es denn kömmt, daß sich Ansichten und Meinungen auf eine besondere Art durchkreuzen," auch auf unsere Prozeßordnung anwenden zu müssen.

Die Wahrnehmung dieses Uebelstandes in unserem vaterländischen Prozeßrechte und der Drang nach einer eigenen, festen Ueberzeugung bewogen den Verfasser dieser Abhandlung, die Lehre von den Nichtigkeiten zu einem Gegenstande eines reiflichen Studiums zu machen, um sich dem Versuche einer systematischen Darstellung derselben zu unterwerfen. Versuche diesee Art gehören unstreitig zu den schwierigsten Unternehmungen. Die Unzulänglichkeit der Materialien und der Mangel an Uebereinstimmung dessen, was sich vorfindet, machen oft dem besten Baumeister die Konstruirung eines soliden Gebäudes zue Unmöglichkeit.

Dee Verfassee hat dies wohl eingesehen. Daß er es demungeachtet wagte, Hand an das Werk zu legen, kann das Verdienstliche seines Unternehmens, abgesehen von dem Erfolge seiner Leistung, nur erhöhen. Aus der nachfolgenden auszugsweisen Mittheilung wird gleichwohl hervorgehen, daß der Verfasser, wenn auch seine Arbeit in einzelnen Punkten einer Berichtigung und Vervollständigung bedürftig sein sollte, doch gewiß Licht und Aufklärung in eine Materie brachte, welche von der größten praktischen Wichtigkeit ist, und in welcher seit Einführung dee neuen Prozeßordnung eine beklagenswerthe Verwirrung herrschte, daß ee hiernach, wenn auch der Erfolg noch hinter seinen Erwartungen zueückblieb, wenigstens seine Absicht „die Wahrheit zu Tage zufördern, odee Anderu zur Auffindung derselben nützliche Dienste zu leisten," vollkommen erreicht habe.

Derselbe bezeichnet S. 106—109 nach einer sachgemäßen Einleitung den Weg, den er einschlägt, um ein auf haltbaren Prinzipien beruhendes Ganzes zu Stande zu bringen. Er bemerkt: „Wo es sich um die Beschaffenheit der richterlichen Thätigkeit in ihren einzelnen Theilen handelt, ist sie eine gerechte oder ungeerechte, je nachdem sie mit den hieher gehörigen Vorschriften übereinstimmt oder nicht. Dagegen ist jene Thätigkeit eine nichtige, wenn sie gegen Vorschriften verstößt, welche die richterliche Thätigkeit für den konkreten Fall überhaupt verbieten." Ich glaube nun, daß dieses Merkmal der Unterscheidung anzuwenden ist, um die Begriffsbestimmungen dee Prozeßordnung gehörig aufzufassen, daß aber auch auf diesem Wege ihr ganzes System einfach erkannt werden kann. Eine Voraussetzung des

Verfahrens oder Urtheils ist schon dem Wortbegriffe nach nichts anders als eine Bedingung, unter welcher überhaupt über einen Streitgegenstand verfahren oder geurtheilt werden soll, und als Gegensatz kann eine Vorschrift des Verfahrens oder des Urtheilens nichts anderes sein, als eine Regel über die innere Beschaffenheit. Hievon ausgehend, hat auch die Prozeßordnung konsequent den Grundsatz durchgeführt, daß nur die Beschwerden über Mängel wesentlicher Voraussetzungen die Nichtigkeit zur Folge haben sollen, daß dagegen allen andern Beschwerden diejenige Eigenschaft zukomme, welche man früher mit dem Ausdrucke „heilbar" bezeichnet hat. Auf die Mittel, um die Nichtigkeit eines Urtheils zu verfolgen, kommt es bei der Frage, welche Mängel die Nichtigkeit zur Folge haben sollen, nicht an. Da übrigens die Prozeßordnung von Voraussetzungen des Urtheils oder des Verfahrens spricht, so ist zur Aufklärung dieses Unterschieds noch Einiges zu bemerken. „Die Thätigkeit des Richters theilt sich in zwei wesentlich verschiedene Richtungen ab, nämlich in das Verfahren und in das Urtheilen. Das Urtheilen ist der Zweck aller seiner Thätigkeit, und das Verfahren ist ein Mittel, aber auch nur das einzig erlaubte und nothwendige Mittel zu diesem Zweck. Wenn nun schon das Verfahren an einer wesentlichen Voraussetzung leidet, so muß nothwendig auch das Urtheil daran leiden, denn wo die Mittel nicht angewendet werden dürfen, ist dies nur deshalb verboten, weil der Zweck nicht erreicht werden kann. Es kann aber das Verfahren gültig und das Urtheil dennoch ungültig sein, wenn das Urtheil nicht zu dem Verfahren paßt, d. h. wenn die Grenzen nicht eingehalten werden, die durch das Verfahren eo ipso für das Urtheil gezogen sind. Hier kann man dem Richter zum Vorwurf machen, daß er über etwas erkannt hat, worüber er gar nicht hätte erkennen sollen. Eben so ist es auch mit den Mängeln in der Beschaffenheit des Verfahrens und des Urtheils, d. h. diese Mängel betreffen bald die innere Beschaffenheit der Mittel und bald die innere Beschaffenheit des Urtheils selbst und allein. Hier aber stoßen wir auf eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dem System des gemeinen Rechts und zwischen dem unserer Prozeßordnung. Man ging (Thibaut Syst. des Pandektenrechts, §. 1110.) davon aus, daß die Beschaffenheit des Verfahrens eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsbeständigkeit des Urtheils, und daß folgeweise ein Urtheil nichtig sei, wenn es an einem regelrechten Verfahren (substantialia processus) mangle."

Unsere Prozeßordnung dagegen hat auf Fehler im Verfahren keine Nichtigkeit des Urtheils gesetzt, sondern sie ist davon ausgegangen, daß derartige Beschwerden, wie Beschwerden gegen die Beschaffenheit des Urtheils verhandelt und (hier wird wohl einzuschalten sein: daß die gerügten Gebrechen) nach Umständen „verbessert werden sollen."

Den hier ausgesprochenen Grundsätzen gemäß zerfällt nun die Abhandlung in 2 Hauptabschnitte. In dem ersten handelt der Verfasser:

I. Von den Mängeln in den Voraussetzungen des Verfahrens und des Urtheils.

In dem zweiten:

II. Von den Mängeln in der Beschaffenheit des Verfahrens oder des Urtheils.

Zu I.

Zu den

A. Allgemeinen wesentlichen Voraussetzungen, deren Mangel sich auch dem Erkenntniß des Verfahrens mittheilt, rechnet der Verfasser:

a) Das Vorhandensein eines Klägers und eines Beklagten; b) die Fähigkeit derselben vor Gericht zu stehen; c) das gleiche Erfordernis und einen gültigen Auftrag hinsichtlich desjenigen, der für einen Andern auftritt. Endlich d) ein gehörig besetztes kompetentes Gericht — insbesondere, daß der Richter als physische Person betrachtet, bei der Sache unbetheiligt und in dem Zustande freier Entschließung sei.

In Betreff der allgemeinen Voraussetzungen des Urtheils wird sich auf die §§. 5, 376, 377, 1165 und 1167 der Prozeßordnung bezogen. „Es sind dies im Wesentlichen diejenigen Bedingungen der richterlichen Thätigkeit, deren Mangel im gemeinen Rechte als ein defectus insanabilis ex persona judicis vel partium betrachtet wurde." Bei uns, fährt er fort, müsse die Wirkung der Nichtigkeit auf jene Voraussetzungen, welche als wesentlich erscheinen, beschränkt, und über den Charakter der Wesentlichkeit nach den Bestimmungen des Civilrechtes und nach dem Geiste der Prozeßordnung entschieden werden. (S. 111—115 der Abhandl).

Die folgenden §§. befassen sich mit der Erörterung der kontroversen Frage: Auf welchem Wege ist die Nichtigkeit eines richterlichen Produkts geltend zu machen?

Der Verfasser antwortet:

1) Wo das Gesetz die Nichtigkeit wegen Mangels einer Voraussetzung des Verfahrens ausdrücklich angedroht hat (M. s. die §§. 6, 57, und 84 der Prozeßordnung) bedarf es keines besondern prozessualischen Rechtsmittels, um ein neues Erkenntniß herbeizuführen, welches das vorhandene für ungültig erklärt. Man kann diesem Urtheile, wie bei civilrechtlichen Nullitäten, dem Mangel überall, also auch im Wege der Klage, Einreden ꝛc. entgegen halten, um dessen Wirksamkeit zu verhindern.

2) Ist hingegen die Nichtigkeit nicht angedroht, so bedarf es eines prozessualischen Rechtsmittels. In einem solchen Falle steht der Partei das Rechtsmittel der Appellation ohne Rücksicht auf die im Streit befangene Summe gegen jedes Urtheil zu Gebot, welches α) an diesem

Digitized by Google

Mangel leidet, oder β) durch welches die Einrede eines solchen Mangels verworfen wird, oder γ) welches der Partei mehr zuerkennt, als sie verlangt hat (M. s. die §§. 296, 302, 308, 1175[2] und 1175[5] der Prozeßordnung.) um die Wiederherstellung.

3) Alle diese Rechtsmittel haben keinen andern Zweck, als die Nichtigkeitserklärung des ganzen Verfahrens und folgeweise auch des Urtheils, oder des Urtheils allein, wenn nur ihm der Mangel eigen ist. Während derartige (nämlich die §. 2 erwähnten) Mängel im gemeinen Rechte als unheilbar durch Verzicht auf die Rechtsmittel dargestellt werden, bezieht sich die Unheilbarkeit bei uns darauf, daß sie von dem Oberrichter unmöglich sanirt werden können, und daß daher eine Nichtigkeitserklärung nothwendigerweise erfolgen muß.

In den §§. 7—10 folgt die nähere Begründung dieser Sätze, wobei (S. 132 und 133 a, b II) auch der Nichtigkeitsklagen gegen schiedsrichterliche Erkenntnisse und gegen ungültige Handlungen der Vollstreckungsbeamten Erwähnung geschieht, als der beiden einzigen Fälle, für welche die Prozeßordnung eine spezielle Bestimmung getroffen hat, wie sie im gemeinen Rechte für unheilbare Mängel der richterlichen Urtheile statuirt war.

Der Verfasser wendet sich nunmehr zu den

B. einzelnen Mängeln wesentlicher Voraussetzungen.

Ref. glaubt, dem Zwecke dieser übersichtlichen Darstellung zu entsprechen, wenn er die Rubriken, welche in diesem Unterabschnitte der Abhandlung vorkommen, anführt, und die Hauptsätze, welche hier ausgesprochen werden, aushebt.

§. 12. Von der Legitimation.

Der Mangel der Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, ist der Mangel einer wesentlichen Voraussetzung. (§. 84 der Prozeßordnung).

§. 13. Allgemeine Grundsätze der Legitimation zur Sache und zum Prozesse.

§. 14. Natur des Streites über die Sachlegitimation.

Der Mangel der Legitimation zur Sache wirkt nur dem Dritten gegenüber Nichtigkeit. Unter den streitenden Theilen bewirkt er, daß die Klage oder Einrede verworfen werden muß. (§. 92, 1 der Prozeßordnung).

Die Bestreitung derselben enthält einen Widerspruch, aber keine Einrede.

Ein Erkenntniß, welches die Beanstandung der Legitimation zur Sache verwirft, ist darum nicht zu den Fällen zu zählen, welche der §. 1175, 2 der Prozeßordnung im Auge hat.

§. 15. Widerlegung anderer Ansichten. Rechtsfälle.

Die Anzeige, daß man nicht mehr in eigenem Namen besitze, in Verbindung mit der Nom. auct. bildet einen Präjudizialstreit, welcher abgesondert zu behandeln ist. Die Absonderung tritt nicht blos für die erste, sondern auch für die zweite Instanz ein, und hat die Wirkung, daß bis zur definitiven Entscheidung der Präjudizialfrage die Hauptsache ruht. (§. 92, 4, 119, 102 und 783 u. f. der Prozeßordnung.)

§. 16. Kompetenz.

Verstosse gegen die gesetzlichen Bestimmungen, welche die richterliche Kompetenz betreffen, können nicht zu den Mängeln wesentlicher Voraussetzungen gezählt werden. Die Fälle ausgenommen, wo dem Richter wegen persönlicher Unfähigkeit, oder hinsichtlich der Natur des Streitgegenstandes das Recht der Entscheidung entzogen ist. In diesen Fällen ist die Entscheidung unzweifelhaft ungültig.

§. 17. Von den einzelnen Mängeln wesentlicher Voraussetzungen der Urtheile.

Unter den §. 1175 Absatz 5 der Prozeßordnung muß nicht nur der Fall, wo der Richter der Partei mehr zuerkennt, sondern auch der Fall, wo er ihr einen andern Gegenstand, oder wo er ihr etwas zuerkennt, was sie gar nicht verlangt hat, deßgleichen der Fall einer ungebetenen Abänderung des unterrichterlichen Urtheils subsumirt werden. (§. 5, 376, 377 der Prozeßordnung).

§. 18. Widersprechende Urtheile.

Diese sind nichtig, sofern den neueren Angriffen des Gegentheils die res judicata entgegengestellt wurde.

Zu II.

Im Eingange macht nur der Verfasser darauf aufmerksam, daß man die Idee des gemeinen Rechts, nach welchem wegen Mängeln in dem Verfahren, sodann bei auffallenden Mängeln der Gerechtigkeit des Urtheils ein besonderes Rechtsmittel stattfinden mußte, in der Art reproducirt habe, daß man da, wo es an der Appellationssumme fehlt, wegen unwahren Rechtsgrundsätzen in den Entscheidungsgründen sowohl, als wegen verletzten Vorschriften des Verfahrens das Rechtsmittel der Appellation für unbedingt zulässig erklärte. Der Verfasser handelt daher

1) zuerst von der Appellation gegen Urtheile, welche auf einen unwahren Rechtssatz gebaut sind. (§. 1175, 4 der Prozeßordnung).

sodann

2) von der Appellation wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens (§. 1175, 3 der Prozeßordnung).

Zu 1. Der Oberrichter hat in diesem Falle die Appellation

Digitized by Google

zuzulassen, oder zu verwerfen, je nachdem ein unwahrer Rechtssatz vorliegt, oder nicht. Wird die Appellation für zulässig erklärt, so wird das Urtheil nach der Beschaffenheit der Materialien bestätiget, oder abgeändert. Jede Rechtsbehauptung, welche mit den Gesetzen nicht harmonirt, wenn sie auch gerade nicht das Gegentheil davon ausdrückt, muß nach der Ansicht des Verfassers für einen Mangel angesehen werden, welcher die Zulässigkeit der Appellation bewirkt.

Es ist ferner genügend, wenn sich eine solche Rechtsbehauptung in den Entscheidungsgründen vorfindet. Darauf, ob und in welchem Zusammenhange der unwahre Rechtssatz und das Urtheil stehen, kommt es nicht an.

Nach der Erfahrung des Ref. wird dieser Absatz am meisten mißbraucht: der Grund liegt darin, weil auch den Erzeugnissen des Irrthums in der Auffassung und Anwendung des Gesetzes auf konkrete Fälle das Prädikat „unrichtig und unwahr" zukömmt, obwohl sie keineswegs als „nichtig" erscheinen, sodann, weil die Nichtigkeit nur auf das rechtliche Moment beschränkt ist, ungeachtet noch weitere beachtenswerthe Momente concurriren, welche der Rücksichtsnahme des Gesetzgebers nicht entgehen dürfen.

Ref. würde dem in Frage stehenden Absatz 4 des §. 1175 der Prozeßordnung folgende Fassung geben:

gegen jedes Erkenntniß, welches auf falschen d. i. dem buchstäblichen Wortlaute der Akten, oder Gesetze widersprechenden factischen oder rechtlichen Unterstellungen, oder auf Entscheidungsgründen beruht, welche die Gesetze des gesunden Menschenverstandes verletzen, ferner gegen jedes Erkenntniß, welches in klarem Widerspruch mit richtigen Entscheidungsgründen oder klaren Gesetzen steht. —

Der Verstand ist doch gewiß das erste aller Gesetzbücher, und es ist nicht einzusehen, warum seine Autorität im Civilprozesse nicht eben so viel gelten soll, als die Diktate der Prozeßordnung, vorausgesetzt, daß diese selbst ihre Wahrheiten aus dieser Quelle geschöpft hat. Wenn der Richter auf den Grund: „Kauf bricht Miethe" ein wohlbegründetes durch den Ablauf der Zeit noch nicht erloschenes Miethverhältniß aufhebt, so ist dieses Erkenntniß mittelst des Rechtsmittels der Appellation angreifbar, wenn auch die Summa appellabilis nicht vorhanden ist. Wenn er aber auf den Grund: „Kauf bricht Miethe nicht" das gleiche Uetheil erläßt, so soll es bei dem Mangel des Vorhandenseins der Appellationssumme unangreifbar sein, „weil es auf keinen unwahren Rechtssatz gebaut ist". — Ein Gesetz, welches solchergestalt den Mittelsatz eines Sylogismus in Schutz nimmt, sich dagegen um den Vordersatz und die Konklusion wenig bekümmert, läßt sich gewiß nicht rechtfertigen. Was nützen die besten Mittel, wenn der Zweck verwerflich ist. Was nützt das solideste Fundament, wenn kein Haus, oder doch nur ein baufälliges darauf stehet.

Ref. will sich jedoch nicht in Betrachtungen vertiefen über einen Gegenstand, den er an diesem Orte nicht erschöpfend behandeln kann, und kehrt daher zu dem Inhalt der Abhandlung zurück.

Zu 2. Ist der Verfasser der Meinung, daß von dem Begriffe der Vorschrift des Verfahrens, alle diejenigen Vorschriften schlechterdings auszuschließen seien, welche auf eine Beurtheilung der Parteivorträge in formeller sowohl als materieller Hinsicht einschlagen, „daß also nur die Vorschriften über Prozeßleitung, und über das Gehör der Parteien überhaupt in diese Klasse gehören."

Von zwei Voraussetzungen, auf welchen jede prozeßleitende Verfügung beruht, nämlich

a. dem Dasein der bestimmten prozessualischen Vorschrift,

b. der Ansicht des Richters von dem materiellen Stande der Sache, kann nur die erste maaßgebend sein: es kann sich nicht darum handeln, ob der Richter in einem Rechtsirrthum begriffen gewesen sei, in Folge dessen er die prozessualische Vorschrift verletzte, (seine Ansicht muß vielmehr stets als richtig angenommen werden), sondern es kömmt lediglich darauf an, daß er die letzteren übersehen, oder verkehrt angewendet hat. Stellt sich dann das Urtheil dennoch als gerecht dar, so wird das Obergericht das unterrichterliche Erkenntniß wegen Mangels einer materiellen Beschwerde bestätigen, im entgegengesetzten Falle wird dasselbe den Fehler verbessern, und nach dem Ergebnisse erkennen. (§. 1223, 1224 der Prozeßordnung). Der §. 26 enthaltet sohin einige diese Lehrsätze erläuternde Rechtsfälle.

Zum Schlusse bekämpft der Verfasser die in der Praxis herrschend gewordene Ansicht, daß eine Oberappellation nur in jenen Fällen statt finde, in welchen das Hofgericht die Vorschriften des Verfahrens verletzt habe, und die dafür angeführten Gründe, während er §. 27 noch der eine Nichtigkeitserklärung wirkenden Wiederherstellungsklage gedenkt, welche der Partei, sofern sie erst nach eingetretener Rechtskraft von den Mängeln an den wesentlichen Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Uetheils oder des Verfahrens Kenntniß erlangt, eingeräumt wird, und als das einzige Schutzmittel gegen oberhofgerichtliche Erkenntnisse, die an Nichtigkeit leiden, anzusehen ist.

Ref. ist nicht in allen Dingen mit dem Verfasser einverstanden. So scheint ihm die Seite 135 ausgesprochene Ansicht: „wenn es sich um einen Mangel handelt, den der Beklagte im Wege der Einrede hätte vorschützen können, und

Digitized by Google

zwar nach §. 308 der Prozeßordnung bis zum Endurtheil, der aber von ihm nicht vorgeschützt worden ist, so kann es wohl nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, dem Beklagten das Rechtsmittel der Appellation zu gestatten, um in zweiter Instanz durch neues Vorbringen jener Einrede eine Aufhebung des ergangenen Urtheils herbeizuführen," sehr gewagt. Eben so wenig vermag er sich von der Richtigkeit der Seite 144 — 145 hinsichtlich der Frage: „wer unter den im §. 84 der Prozeßordnung erwähnten „Betheiligten" zu verstehen sei?" sodann der S. 174 hinsichtlich der Benützung widersprechender Urtheile, und S. 181 der hinsichtlich des Zusammenhanges des unwahren Rechtssatzes mit dem Urtheile aufgestellten Behauptungen zu überzeugen. Er umgeht eine ausführliche Darlegung der Gründe, welche seinen Zweifeln und Bedenklichkeiten zur Seite stehen, da die Bestreitung einzelner Sätze der hier aufgestellten Theorie nicht minder als eine strenge, kritische Prüfung und Beurtheilung derselben außerhalb der Gränzen seiner Aufgabe liegt, und schließt gegenwärtige Uebersicht mit dem Wunsche, daß diese Schrift überall jene Aufnahme finden möge, welche dem Geiste der Wissenschaftlichkeit, von dem sie durchdrungen ist, und dem belehrenden Inhalt entspricht, durch den sie sich vor vielen ähnlichen literarischen Produkten auszeichnet.

v. Krtennakrr.

II.

Ueber das richterliche Entscheidungsrecht der Bürgermeister.

1) Ist dessen Gleichstellung in Stadt- und Landgemeinden rechtlich geboten?
2) Erscheint soches überhaupt zweckmäßig?
3) Welche Einwirkung auf bürgerliche Streitigkeiten dürfte den Bürgermeistern zu gestatten sein?

Die wenigen Gesetze hierüber sind in den §§. 4. und 5. des II. Constitutionsediktes vom 14. Juli, Regierungsblatt 1807. S. 125. und in Beilage B. 7 d. des Organisationsediktes vom 26. Nov. Regierungsblatt 1809. S. 420. in folgenden Bestimmungen enthalten:

§. 4. „Den Vorgesetzten steht daneben ein Vermittlungsrecht zu, vermöge dessen alle Streitsachen zwischen Ortsangehörigen, die nicht über eine halbe Mark Silbers (also dermalen zwölf Gulden Conventionsgeld) im Werth ansteigen, zuerst an sie gebracht werden müssen; um darüber (wenn ihnen die Sache nicht zu schwer dunkt, in welchem Falle sie die Parthien gleich ans Amt weisen können) ihren Vermittlungsspruch zu geben, wenn nochmals Gewinn oder Verlust von dem Schiedsspruch der Vorgesetzten nicht die Hälfte dieser Summe übersteigt, muß solcher ohne weitere Berufung ans Recht zum Vollzug kommen, wenn er nicht unförmlich oder leidenschaftlich erscheint, wo hingegen derjenige, welcher die Hälfte jenes Betrags übersteigt, an das ordentliche Bezirksgericht zur neuen Erörterung und Rechtsentscheidung gebracht werden kann, so lange zehn Tage nicht abgelaufen sind, deren Verlauf sonst als stillschweigendes Anerkenntniß des Spruches gilt."

§. 5. „Der Werth der Vermittlungsgegenstände ist hier (i. e. bei Städten) um die Hälfte höher als bei Landgemeinden, mithin auf drei Viertel einer Mark fein Silbers im Currentwerth bestimmt, wobei übrigens das Recht, die Sache weiter zu ziehen oder nicht, je nachdem der Gegenstand die Hälfte des ganzen gestatteten Vermittlungsgegenstandes von ¾ Mark Silbers (oder dermalen die Hälfte von 18 fl. Conventionsgeld) übersteigt oder nicht, nach den obrn bestimmten Regeln sich richtet."

§. 7 d. des Organisationsedikts v. 1809: „Der Ortsvorgesetzte hat Streitigkeiten, welche auf dem Land nicht über 5 fl. und in Städten nicht über 15 fl. betragen, zu entscheiden."

Diese Vorschriften können, wie auch von den Gerichten anerkannt ist, neben einander bestehen, und es gebühret hiernach in den gezeichneten Grenzen den Bürgermeistern sowohl ein Schiedsspruchs- als ein richterliches Entscheidungsrecht. Letzteres soll nach einer im Jahr 1839. an die II. Kammer gerichteten Petition mehrerer Landgemeinden des Oberrheinkreises dermalen eine Rechtsungleichheit der Landbewohner den Städtern gegenüber involviren, weil erstere zur Verfolgung der Rechtsstreite von 5 bis 15 fl. an die Aemter und damit zur höheren Sportelzahlung also indirekter Besteurerung gesetzlich angewiesen seien, während die Städter dieselben Prozesse von ihrem Bürgermeister mit weit geringeren Kosten austragen könnten. Zur Beseitigung dieser Ungleichheit vor dem Gesetze schlugen die Petenten zwei Wege vor, ihnen entweder für Rechtsstreite von 5 bis 15 fl. Sportelfreithum zu gewähren, oder die Gerichtsbarkeit der Stadt- und Landgemeinden gleichzustellen. Den letzten Vorschlag hat die Kammer unterstützt und die Petition an das Staatsministerium

„zur Kenntnißnahme und Würdigung des Vorschlages in Betreff der Erweiterung, beziehungsweise Gleichstellung der gerichtlichen Competenz der Bürgermeister auf dem Lande mit jener der Bürgermeister in Städten überwiesen."

Dieser Beschluß stützt sich nach dem Commissionsbericht auf folgende Gründe:

a) Dadurch werde die vorliegende Ungleichheit in der Gerichtssportelzahlung beseitigt.
b) So gut das Gesetz jetzt dem Landbürgermeister die

Digitized by Google

Entscheidung über 5 fl. anvertraue, könne es ihm solche auch über 15 fl. einräumen, da ihre Schwierigkeit nicht von der Größe der Summe, sondern von den obschwebenden Rechtsfragen bedingt sei, diese aber dort wie hiee gleichmäßig vorkommen könnten.

c) Die Intelligenz und Geschäftskunde der Land- und Stadtbürgermeister biete ohnehin keinen merklichen Unterschied dar.

d) Die seitherige Bürgermeisteramtliche Justizgewalt habe sich als gut bewähret.

Dadurch haben die oben angeregten Fragen eine neue, zumal peaktisch interessante Seite gewonnen, welche nochmals in diesen Blättern zue Sprache gebracht werden dürfte, obwohl der Gegenstand schon so mannigfaltig ventilirt wurde, daß er fast eine eigene Litteratue aufzuweisen hat.

Vergl. Annalen der Bad. Gerichte: de 1833. S. 165. 296. 307. — de 1832. S. 222. — de 1836. S. 305. 308. — de 1834. S. 140. — de 1839. S. 52. — Amtmann Sengs Erläuterungen zur Prozeßordnung (Freiburg bei Herder 1836) S. 16. 17.

ad 1.

Nach §. 6. und 7. der Veroednung vom 26. Oct. Regierungsbl. 1835. S. 387. haben die Büegermeister für eine protokollarische Verhandlung 20 kr. anzuspeechen, und dürfen überdieß noch Verfügungsschreibgebühren und Stempel in Ansatz bringen. Diese Gebühren näheen sich den Ansätzen des alten und jetzigen neuen Sportelgesetzes bis zu einem nicht mehe beachtenswerthen Unterschiede sowohl bei eigentlichen Rechtsstreiten als bei bloßen Schuldbetreibungen, wie dieses aus folgendee Veegleichung augenscheinlich wird.

Ich unteestelle für die Bürgermeisteramts- und Amtsjustiz rücksichtlich des Kostenaufwandes den gleichen Fall.

A erhebt bei Bürgermeister N. eine Klage über 5 fl. zu Protocoll und die Sache wird in der nächsten mündlichen Veehandlung erledigt, so hat A, wenn ich die Klage nue zu 1 Bogen Protocoll annehme . . 1 fl. 9 kr. Kosten vorzuschießen.

Dieselben gerichtlichen Funktionen über eine Klage von 5 fl. 1 kr. kosten bei Amt nach dem alten Sportelgesetz 1 fl. 29 kr.

nach dem neuen Sportelgesetz Art. 4. 12. 1 fl. 8 kr.

Eine Schuldbetreibung bis zur Fahrnißpfändung incl. bei dem Bürgermeisteramt . 1 fl. 3 kr.

Bei Amt nach dem alten Sportelgesetz . 2 fl. 11 kr.

" " neuen " . . 1 fl. 3 kr.

Hierbei können Ganggebühren theils wegen Verschiedenheit des Ansatzes nach der Entfernung des Klägers vom Wohnsitze des Richters, theils wegen ihrer gleichförmigen Berechnung bei dem Orts- wie bei dem Amtsrichter nicht in Betracht gezogen werden. Wollte man diesen Kassendifferenzien aber dennoch irgend eine Folge geben, so dürfte nicht unbeachtet bleiben, daß jedee pekuniäre Nachtheil des Landbewohnees durch den Genuß der zuverlässigern und schnellern Amtsjustiz weit über das Maaß ausgeglichen wüede. Die Petenten dürften, sollte ihrem Antrage je Statt gegeben werden, bald zur unverhofften Ueberzeugung gelangen, daß sie, ihres eigenem Interesse sich selbst nicht klar bewußt, mit Ueberweisung an die Bürgermeisteramtsjustiz aus dem Regen unter die Traufe gerathen seien.

ad 2.

Daß das lakonisch gefaßte Gesetz des Organisationsediktes über das richterliche Entscheidungsrecht der Bürgermeister bisher eine so wenig ersprießliche Anwendung zur Folge hatte, liegt zum Theil im Mangel jeder Prozedurvorschrift für solches, zum Theil abee und hauptsächlich in den persönlichen und Localverhältnissen der Büegermeistee als Justizverwaltungsbeamte.

Wohl läßt sich zum erhebenden Zeugniß allgemein vorangeschrittener Volksbildung nicht bestreiten, daß Stadt und Land — die wenigen größeren Hauptstädte und ihre wissenschaftlich gebildeten Vorsteher können natürlich allgemeine Gesichtspunkte nicht verrücken — jetzt keine Grenzlinie mehe für Intelligenz statuiren. Aber nicht einzig in dieser, sondern vielmehr in positivee Gesetzeskunde, Geschäftsgewandtheit und Parteilosigkeit sind die unerläßlichen Kriterien einer guten Justizverwaltung gelegen. Ihee Schwierigkeit hängt nicht, wie der gedachte Commissionsbericht selbst einräumt, von der Größe der Streitsumme ab. Aöer gerade dieser unumstößliche Obersatz führet zur consequenten Folgerung, daß jede eigentlich richterliche Funktion der Hand nicht rechtsgelehrtee Mitgliedee und somit auch den Bürgermeistern gänzlich zu entziehen ist. Man müßte diesen denn nur die Fähigkeit zuteanen, die mannigfaltige Natur eigentlichee Einreden, Repliken, Gegenfoederungen, Beweispflichtigkeit, Urkundenbeweiskraft u. dgl. überhaupt die Complicität allee peozeßrechtlichen Fragen gleich dem wissenschaftlich Rechtskundigen zu würdigen und zu entwirren. Woher sollte sich aber der Oetsvorstand als schlichter Gemeindebürgee im Deange seines dieser Sphäre ganz fremden Lebensberufes alle diese positiven Kenntnisse und die Gewandtheit iheer augenblicklichen Anwendung erworben haben? Er mag für wichtigere Gegenstände der Gemeindeverwaltung einen meist richtigen Takt verrathen, weil ihn hier langjährige Erfahrung, die Analogie seines Haushaltes und sein eigenes Inteeesse in der Regel zum richtigen Gesichtspunkte leiten. Aber die Entscheidung strittiger Rechte ruht auf ganz an-

Digitized by Google

deren Grundsätzen; sie ist ein reiner Verstandesakt, welcher sich in richtiger Unterstellung der mannigfaltigsten Fälle unter das Gesetz erprobt, und daher die Kenntniß des letztern nebst schneller und geübter Denkkraft hauptsächlich nothwendig hat.

Selbst wenn aber diese Gesetzeskunde und Geschäftsgewandtheit bei den Bürgermeistern in weit höherem Grade vorhanden wäre, als solches der Fall ist und der Sachlage nach sein kann, so übersteigt es wohl die moralische Willenskraft eines gewöhnlichen menschlichen Individuums, in der Mitte seiner Jugendgenossen, Bekannten, Nachbarn, Freunde, Blutsverwandten und oft auch seiner eigenen Gläubiger die Waage der Themis parteilos zu halten, und noch schwerer ist ihr Ausschlag in Vollzug zu setzen. Daher die häufigen Beschwerden über proverse Entscheidungen der Bürgermeister nicht weniger als über ihre Justizverzögerung, worüber die Amtsregistraturen der Zeugnisse in Menge aufweisen können. Wohl nur aus der erfahrungsmäßigen Ueberzeugung von der Richtigkeit dieser Thatsachen haben sich alle hierüber sehr competenten Amtsgutachten, die mir über den verwürfigen Gegenstand zu Gesicht gekommen sind, entschieden gegen die Erweiterung der Competenz der Landbürgermeister ausgesprochen, und der nämliche Ausspruch müßte consequenter Weise auch über die zweite der obigen Fragen erfolgen. Es ist eine Lieblingsneigung der Bürgermeister, sich beim Vollzug jeder unangenehmen Maßregel hinter einem Amtsbefehl zu verschanzen, um sich dem Schuldner als unschuldiges Werkzeug darzustellen. Es ist deßhalb auch eine reine Täuschung, daß die Amtsgeschäfte durch Zutheilung der s. g. Bagatellsachen würden vermehrt werden. Im Gegentheil dürften die wenigsten derartigen Gegenstände an das Amt erwachsen, weil der Schuldner hier nicht auf die Nachsicht des Richters hoffen kann, und dadurch sowohl seinen Beutel vor unnöthigen Kosten wahrt, als sich der Credit des Gläubigers sichert, während bei der jetzigen Einrichtung Rekurs- und Justizverzögerungsbeschwerden die Thätigkeit der Aemter über Gebühr in Anspruch nimmt. Wenn also an der bestehenden Gesetzgebung auf irgend eine Art gerüttelt werden soll, so ist die gänzliche Entziehung der Justizgewalt aus der Hand des Bürgermeisters wohl eben so zweckmäßig, als solche im Wunsche der Interessenten gelegen ist.

ad 3.

Gerade das Erste aber, was die Eingangs erwähnten Gesetze über das Schiedsspruchsrecht der Bürgermeister enthalten, wurde seither höchst zweckwidrig aus der Praxis verbannt. Jedoch dürfte auch dessen erfolgreiche Anwendung einer Modification etwa nach folgenden unmaßgeblichen Grundzügen unterstellt werden:

a) Die Summe, worüber den Ortsvorständen nach dem II. Constitutionsedikt ein Vermittlungsrecht zusteht, wird für die Bürgermeister in Land- und Stadtgemeinden auf 15 fl. festgesetzt.

b) Dieses Vermittlungsrecht findet nur zwischen Bürgern derselben Gemeinde, sofern sie nicht im Dienste des Staates stehen, statt, und muß in allen Fällen zur Anwendung kommen, wo die Forderung veraltet, beweislos oder wegen Gegenforderungen bestritten ist, andernfalls genügt das Zeugniß des Bürgermeisters zur Klageinführung vor Gericht, daß er den Fall zur Vermittlung nicht geeignet halte.

(Auswärtige, oft entfernte Creditoren können zum persönlichen Erscheinen oder zu einer weitläufigen und am Ende dennoch fruchtlosen Correspondenz nicht verhalten werden. — Staatsdiener ꝛc. sind nach bestehenden Gesetzen von der Bürgermeisteramtsjustiz exemt — Einfache Schuldforderungen zumal mit klarem Brief und Siegel eignen sich nicht zur Vermittlung —)

c) Die Verhandlung geschieht mündlich, aber der Schiedsspruch muß schriftlich gefaßt und beiden Theilen mit dem Anfügen zugestellt werden, daß der Spruch in 10 Tagen ohne Einwendung bei dem Richter vollzugsreif werde.

d) Bei Rechtsstreitigkeiten bis zum Werth von 15 fl. findet eine gerichtliche Klage nicht statt, wenn der Kläger nicht ein Zeugniß seines Bürgermeisters vorlegt, daß entweder der Fall sich nicht zur Vermittlung eigne oder daß Beklagter dazu ungeneigt sei.

Durch diese höchst einfache Einrichtung würde jede aus Unkenntniß oder Leidenschaft emanirende nachtheilige Einwirkung der Ortsvorstände auf die Rechtspflege beseitigt, eine Gleichheit der Geschäftsbehandlung erreicht und die Fernhaltung der Bagatellsachen von dem Geschäftskreise der Aemter thunlichst erzweckt. — Melius voluisse sat est. —

Reininger.

III.

Ueber die Anwendung des §. 10 des Preßgesetzes.

Der §. 10 des Preßgesetzes sagt:

„Der Herausgeber einer Zeitung oder Zeitschrift ist schuldig, jede amtlich oder amtlich beglaubte Berichtigung der darin mitgetheilten Thatsachen unentgeldlich, und jede andere Berichtigung von Seite des Angegriffenen gegen die gewöhnlichen Einrückungsgebühren sogleich nach deren Empfang in das nächstfolgende Blatt oder Heft aufzunehmen."

Der §. 11 lautet:

„Die Uebertretung der Vorschriften des §. 10 (so wie der nicht hierher gehörigen §§. 6. 7. 8 u. 9) ist mit einer Strafe von 5 bis 100 fl. zu belegen."

Es fragt sich:

1) wer wegen verweigerter Einrückung einer Berichtigung im Sinne des § 10 Klage führen könne,

Digitized by Google

2) welcher Behörde das Erkenntniß darüber zustehe,

3) und ob und welche Zwangsmaßregeln wegen Einrückung der Berichtigung stattfinden?

Zu 1. Der §. 17, der die Erkennung aller im Tit. I. gedrohten Strafen den Gerichten zuweist, unterscheidet die beiden Fälle, da der Staatsanwalt auf eine Freiheitsstrafe, oder da er nur auf eine Geldstrafe anträgt. Im erstern Falle soll das Hofgericht, im letztern Falle aber das Bezirksamt der Richter erster Instanz sein.

Da in diesem §. 17 nur von dem Antrage des Staatsanwalts die Rede ist, so möchte es scheinen, daß in allen Fällen des Titels I., auf den sich der §. 17 bezieht, und also auch in den Fällen der §§. 10 und 11 nur allein der Staatsanwalt eine Strafe in Antrag bringen könne.

Dieß ist jedoch da, wo auf den Grund des §. 10 nicht etwa eine öffentliche Behörde sondern nur eine Privatperson die Aufnahme einer Berichtigung verlangt, sicher nicht der Fall.

Im Titel III. wo von Verfolgung der im Inhalte einer Druckschrift liegenden Preßvergehen die Rede ist, wird überall der Privatkläger neben dem Staatsanwalte aufgeführt, und dem einen oder andern das Klagrecht eingeräumt, je nachdem der Inhalt nur eine Ehrenverletzung des Privaten oder ein im öffentlichen Interesse verfolgbares Vergehen enthält.

Nach Analogie dieser Bestimmung kann man nun nicht annehmen, daß in Fällen des §. 10 der Staatsanwalt auch dann, wenn die Berichtigung eines Aufsatzes von einem Privaten in seinem Interesse gefordert wird, die Klage zu erheben habe, und es ist vielmehr klar, daß der §. 17 nur unvollständig ist, wenn er des Falles, wo nach §. 10 ein Privatkläger auftritt, keine Erwähnung thut, sondern nur von der Klage des Staatsanwalts spricht.

Zu 2. Der Eingang des §. 17, wornach in den Fällen des Tit. I. die Gerichte zu erkennen haben, lautet allgemein, und es kann sich in dieser Beziehung nur um die Frage handeln, ob in erster Instanz das Hofgericht, oder das Bezirksamt competent sei?

Nach Analogie dessen, was der §. 17 Nro. 2 für die Fälle der Klage des Staatsanwalts vorschreibt, wird man nun annehmen müssen: es habe im Falle des §. 10, auch wann eine Privatperson klagt, über die nach §. 11 allein zur Anwendung kommende Geldstrafe in erster Instanz stets das Bezirksamt zu erkennen.

Eine weitere Frage ist dahin erhoben worden: wer zu erkennen habe, wenn der Private nur die Aufnahme der Berichtigung verlangt, aber keine Strafe in Antrag bringt?

Wenn die Gerichte wegen Uebertretung der Vorschrift des §. 10, d. i. wegen Nichtaufnahme einer Berichtigung die Strafen zu erkennen haben, so steht ihnen auch die Entscheidung zu, ob dasjenige, dessen Aufnahme der Kläger verlangt, wirklich eine Berichtigung im Sinne des §. 10 sei. Darum, und weil es sich hier schon nach der Natur des Streitgegenstandes unter zwei Parteien um nichts Polizeiliches handelt, kann darüber, daß das Bezirksamt als Richter anzusehen sei, kein Zweifel obwalten. — Zweifelhafter ist es aber

zu 3, ob ein solches Begehren auch bei dem Dasein der Voraussetzungen des §. 10 überhaupt gesetzlich begründet sei? —

Ein Vollstreckungsverfahren, wodurch die Aufnahme einer Berichtigung in eine Zeitung durch einen andern Zwang, als durch Strafen, bewirkt werden könnte, kennt das Gesetz nicht.

Derjenige, der die Aufnahme einer Berichtigung verlangt, kann also nicht fordern, daß die Berichtigung im Executionswege, d. i. durch das Vollstreckungspersonal selbst in ein Blatt eingerückt, oder etwa die Herausgabe des Blattes bis zur Aufnahme der Berichtigung untersagt werde. Das einzige gesetzliche Mittel gibt der §. 11 an, und dieß ist eine Geldstrafe von 5 — 100 fl., auf deren Erkennung angetragen werden kann, wenn der Herausgeber der Zeitung dem §. 10 zuwider, die Einrückung der Berichtigung verweigert. †)

In sofern nun aber der Kläger zu fordern berechtigt ist, daß der Herausgeber des Blattes wegen verweigerter Einrückung der Berichtigung gestraft werde, muß er nach dem Grundsatz: plus continet minus, auch berechtigt sein, zu fordern, daß der Herausgeber des Blattes unter Androhung der Strafe zur Einrückung der Berichtigung vorerst angewiesen werde. B.

†) Erfolgt übrigens der erkannten Strafe ohnerachtet die Aufnahme wieder nicht, so wird die Strafe auf wiederholten Antrag jeweils von neuem zu erkennen sein, weil der Fall des §. 11, nämlich die Uebertretung der Vorschrift des §. 10, so oft die rechtmäßig geforderte Aufnahme verweigert wird, immer wieder von neuem vorliegt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Bei F. G. Heckel (Notar. publ. zu Leipzig) **Handbuch des Gendarmerie- u. niedern Polizeidienstes.** Mit besonderer Berücksichtigung der in den deutschen Bundesstaaten für den Gendarmeriedienst ertheilten Instructionen. Nebst einem Anhange über schriftliche Dienstbarkeiten u. einem Wörterbuche der beim Dienste vorkommenden fremden Ausdrücke und des Chochemer Loschen, oder der Gauner- und Diebssprache. 8. 1 fl. 48 kr.

Gersdorf Repertor. 1841, Nr. 2 sagt davon: „Als Vers. des vorausgegangenen: Handbuch des sächs. Polizeirechts ist Herr H. nicht als Neuling, sondern mit den erforderl. Vorkenntnissen an diese Arbeit gegangen. Man kann ihr das Zeugniß besonderer Brauchbarkeit nicht versagen, welche durch die Anhänge noch vermehrt wird. Wir wünschen sie in den Händen aller Gendarmen und Polizeidiener." — (Noch rühmlichere Urtheile darüber stehen: Helios 1841 8; Berliner literär. Ztg. 1841 Nr. 12).

(Vorräthig zu haben in allen Buchhandlungen).

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 50. Karlsruhe den 11. Dezember 1841.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Klage auf Gewährung eines Familienstipendiums auf den Grund einer Anerkennung. Passivlegitimation. Einrede des Irrthums.

Urtheil.

In Sachen des Königlich Baierischen Steuereinnehmers Max Hinderfad in Heerheim, Klägers Appellaten, gegen den Universitätssenat zu Freiburg, Namens der medizinischen Fakultät, den Genuß des Mack-Hermannschen Stipendiums betreffend.

Das Urtheil des Stadtamtes Freiburg vom 30. November 1838, besagend:

Kläger und seine Nachkommen seien in Bezug auf den Genuß der Mack-Hermannschen Stiftung dahier als Verwandte der Stifterin derselben Maria Salomona Hermann, Gattin des Doctors und Professors der Medizin Jakob Mack in Freiburg, anzusehen und es stehe denselben das Recht zu, diesem Genusse nach den Bestimmungen der letztwilligen Verfügung der Stifterin vom 8. Juli 1616 zu; die beklagte Stiftung aber habe die Kosten zu tragen —

sei unter Verfällung der appellatischen Stiftung auch in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen.

Entscheidungsgründe.

In der Klage nimmt Maximilian Hinderfad zu Heerheim für seinen auf dem Lyceum zu Mannheim studirenden Sohn, sowie überhaupt für seine männliche, stiftungsmäßig dazu vereigenschafte Descendenz für alle Zukunft auf den Grund des Stiftungsbriefs von 1616 das Mack-Hermannsche Familienstipendium in Anspruch, und nach dessen Tod hat seine hinterlassene Wittwe als gesetzliche Vormünderin ihres Sohnes den Prozeß fortgeführt. Die Klage ist auf die behauptete Abstammung des Klägers und beziehungsweise seines Sohnes von Hans Kaspar Hermann, Bruders der Stifterin Maria Salomona Hermann, der Gattin des Professors und Doctors der Medizin Jakob Mack, auf Anerkennung, langjährigen Besitz und Verjährung gebaut. Der beklagte Senat hat durch den Syndikus der Universität die rechtliche Begründung der Klage widersprochen, die derselben zu Grund gelegten Thatsachen jedoch in der vervollständigten Vernehmlassung mit unbedeutenden Modifikationen zugestanden. Er hat aber der Klage zunächst die Einrede der fehlenden Passivlegitimation entgegengehalten, und in der Sache selbst die Einreden des Irrthums, der Rechtskraft und der Unterbrechung der Verjährung vorgeschützt und endlich noch die Qualifikation des Sohnes des Klägers hinsichtlich seiner Vermögensverhältnisse bestritten. Der Unterrichter hat im Wesentlichen nach dem Begehren des Klägers erkannt, wogegen vom akademischen Senate die Berufung ausgeführt wurde.

Soweit die erstgenannte prozeßhindernde Einrede darauf gestützt ward, daß der Senat der rechte Beklagte nicht sei, da ihm nicht einmal die Eigenschaft des Exekutors, sondern diese vielmehr der medizinischen Fakultät laut dem Stiftungsbriefe zukomme, ist sie durch das vorliegende oberhofgerichtliche Erkenntniß vom 11. Juni d. J. beseitigt, wodurch — mit Aufhebung des Hofgerichts auf den Grund dieser Einrede die Klage abweisenden Erkenntnisses — der Senat als der gesetzmäßige Vertreter der medizinischen Fakultät erklärt wird *). Die Einrede ist also nur noch insofern zu prüfen, als behauptet ist, auch die vom Senate vertretene medizinische Fakultät sei nicht der rechte Beklagte, sondern nur die Gesammtheit der berechtigten Familien sei es, über welche Einrede wenigstens ausdrücklich noch nicht erkannt ist. Die Einrede erscheint auch in diesem Theile als ungegründet, weil die Stiftung selbst die Schuldnerin des Berechtigten ist und als moralische

*) Das Oberhofgericht hätte, da das hofgerichtliche Erkenntniß ein Enderkenntniß war, in der Sache selbst die Entscheidung geben und nicht diese an das Hofgericht zurückweisen sollen, §. 1223 der Prozeßordnung; denn auf den Grund, aus welchem der judex a quo ein Enderkenntniß gab, kann es nicht ankommen.

Digitized by Google

Person nach der Bestimmung des Stiftungsbriefes auf immer von der jeweiligen medizinischen Fakultät insofern vertreten wird, als ihr das Recht der Verleihung des Stipendiums nach den gegebenen Bestimmungen der Stifterin übertragen ist. Der Kläger, der sich für einen Berechtigten hält, hat es somit nur mit dieser (nach Maaßgabe des allegirten oberhofgerichtlichen Erkenntnisses wieder weiter durch den Senat repräsentirten) Vertreterin, welche ihm die Anerkennung oder die Gewährung seines Anspruchs verweigeret, zu thun, keineswegs aber mit den möglicherweise ebenfalls vermöge des Bluts berechtigten Familien, welche unbekannt sind und dem Kläger nichts bestreiten. Eben so gewiß ist aber auch, daß solchen etwa vorhandenen Berechtigten durch die gegenwärtige Verhandlung und daraus hervorgehende Entscheidung, woran sie keinen Theil nehmen, kein Nachtheil zugehen kann. Ihnen bleibt daher die Befugniß, ihr allenfallsiges Recht gegen wen immer auszuführen, und sich entweder als näher oder als gleichberechtigt auszuweisen, ganz unbenommen, da Urtheile nur zwischen den Personen, zwischen welchen sie ergingen, Rechtskraft erlangen. Der beklagte Senat kann daher mit einem solchen Einwande der Klage um so weniger ausweichen, als er im Allgemeinen durch die ihm obliegende Vertretung der Stiftung gegen Unberechtigte auch die Interessen aller Betheiligten vertritt und eine Verantwortlichkeit ihnen gegenüber ihn nicht treffen kann, so lange er und beziehungsweise die Fakultät nicht absichtlich oder nachlässigerweise der Stiftungsurkunde zuwider handelt.

Anlangend die Sache selbst, so ist die Klage begründet durch die behauptete und auch nachgewiesene Anerkennung. Abgesehen von dem zum Theil anticipirten Urkundenbeweis ist beklagterseits zugestanden,

1) daß der väterliche Ahne des Klägers, Regierungssekretär Franz Anton Hinderfad, im Jahre 1785 seine Ansprüche für seine Familie unter Herleitung deren Descendenz von Hans Kaspar Hermann, dem Bruder der Stifterin, auf den Grund eines vom Notar legalisirten Stammbaums und Familienwappens und unter Berufung auf den Besitzstand mittelst älterer Verleihungen an Georg und Karl Hermann bei der medizinischen Fakultät als Stiftungskommission geltend gemacht und zwar nicht blos um die Aufnahme eines Familien-Individuums, sondern allgemein um Zuerkennung seines und seiner Abkömmlinge Rechtes nachgesucht und daraufhin von der medizinischen Fakultät am 1. Dezember 1785 auch wirklich die entsprechende schriftliche Ausfertigung dieser Anerkennung mit beigefügter Gründung der aus ihr geschöpften Ueberzeugung seines Verwandtschaftsrechts erhalten habe; daß

2) demzufolge noch im nämlichen Jahre der Sohn des Franz Anton Hinderfad, Namens Michael Hinderfad, durch die Fakultät in den Genuß des Stipendiums eingesetzt und dies durch K. K. Hofdekret d. d. Wien den 15. März 1786 bestätigt worden sei; daß

3) im Jahr 1787 auf Abtreten eines andern Stipendiaten Hagenbuch des Franz Anton Hinderfad zweiter Sohn, Kasimir, auf dieselbe Weise in den Genuß des vakanten Stipendiums eingesetzt; und

4) im Artikel 1788 ebendiese Stipendiumsquote seinem erstgedachten Sohne Michael und einem andern Verwandten Serrer zugetheilt worden sei; daß ferner

5) nach dem Tode des Michael Hinderfad, Philipp Hinderfad, Sohn jenes Franz Anton Hinderfad und Vater des Klägers, für diesen das Stipendium in Anspruch genommen und ihm solches auch durch Fakultätsbeschluß vom 17. Oct. 1795 zuerkannt worden sei; daß

6) bei diesem Anlaß noch von der Regierung von Constanz durch Beschluß vom 14. Dezember 1795 dem Senate (Consistorium) der Universität bemerkt worden sei, wie Philipp Hinderfad nicht mehr auf den Rechtsweg verwiesen werden könne, nachdem die Fakultät dieses Recht bereits wiederholt anerkannt und sich verpflichtet gefunden habe, durch eine eigene Urkunde vom 1. Dezember 1785 den Regierungssekretär Franz Hinderfad als nahen Anverwandten der Stifterin auf diese Stiftung anzuerkennen.

Es ist ferner zugestanden

7) daß laut Regierungsdekreten und Fakultätsbeschlüssen der Kläger Maximilian Hinderfad das Stipendium vom November 1795 an bis im November 1815 als dem Schlusse seiner Schul- und praktischen Ausbildungsjahre genossen habe und daß von da bis zum Jahre 1834 kein stipendiumsfähiger Hinderfadscher Familiensohn vorhanden gewesen, in dem gedachten Jahre aber für den Sohn des Klägers die Anmeldung geschehen sei. Vergl. die Klage S. 3—13, und Vernehmlassung S. 156 und 210—218 Art.

Sowohl die medizinische Fakultät als die klagende Hinderfadsche Familie sind als fortdauernde juristische Persönlichkeiten zu betrachten, so daß, was jene zu einer Zeit gethan, fortan auch für die Nachfolger als ihre eigene Handlung, und was zu Gunsten eines der Glieder der genannten Familie geschah, als für die Nachkömmlinge geschehen anzusehen ist.

Hieraus folgt aber, daß die in den vorgedachten Handlungen liegende wiederholte Anerkennung von Seite der Vertreterin der Stiftung sowohl nach dem alten als nach neuem Rechte eine gegen die Hinderfadsche Familie eingegangene Vertragsverbindlichkeit erzeugte, welche nur in Folge einer förmlichen Anfechtung ihre Wirksamkeit verlieren konnte. Dieselbe enthält nämlich in Verbindung mit den Handlungen der klägerschen Familie vor und nach den Anerkennungshandlungen der beklagten Stiftungsvertreterin

Digitized by Google

solche übereinstimmende freie Willenserklärungen beider Theile, wie sie zur Begründung eines Vertrags vorausgesetzt werden,

v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, B. III. S. 99.

Thibaut, System, §. 141, 143.

und da die Fakultät dabei innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit gehandelt hat, so kann die Gültigkeit derselben keinem Zweifel unterworfen sein.

Nach dem neuen Rechte aber fällt dieses Rechtsverhältniß nicht allein unter den allgemeinen Gesichtspunkt des Vertrags (Landrechtssatz 1101), sondern noch insbesondere unter die gleichfalls zu Gunsten der Klage sprechenden Bestimmungen der Landrechtssätze 1337 und 1338. Darnach ist Kläger von der Vorlegung des ursprünglichen Rechtstitels, d. i. hier der Nachweisungsurkunden über die Verwandtschaft mit der Stifterin, befreit; denn es sind mehrere im Wesentlichen gleichlautende Anerkennungen vorhanden, sie treffen mit dem Besitzstand überein und mehr als eine derselben ist älter als 30 Jahre (Landrechtssatz 1337). Und in der anerkannten langjährigen Ausbezahlung des Stipendiums an die Hinterfadschen Familiensöhne liegt die der Bestätigung gleich gestellte Erfüllung (Landrechtssatz 1338), wodurch Klagen und Einreden abgeschnitten werden, welche gegen das Geschäft stattgefunden hätten.

Von beklagter Seite wird nun zwar geltend gemacht, daß jene Anerkennung wie die darauf gefolgte Erfüllung auf Irrthum beruhe, und daß erhebliche Gründe an Tag gekommen seien, die dafür sprechen, daß der Bruder der Stifterin, Hans Kaspar Hermann, kinderlos gestorben, und derjenige Hans Kaspee Hermann, von welchem der Kläger seine Herkunft herleite, mit jenem dieselbe Person sei. Allein abgesehen von der Frage, ob dieser Anfechtungsgrund nicht schon nach Landrechtssatz 1338 Abs. 3 unstatthaft sei, ist nach dem eigenen Vortrag des Beklagten der Irrthum ein selbstverschuldeter, da es gewiß als ein solches Verschulden betrachtet werden muß, wenn die Fakultät sich durch die ungeprüften Berichte des 85jährigen Schaffners Stibinger in den Irrthum führen ließ, seine Angaben über das Dasein der Hinterfadschen Verwandtschaftsrechte „ohne hinreichenden Beweis angenommen hat". (Vernehmlassung S. 215 und 216.) Ein solcher Irrthum kann aber niemals die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts begründen.

Mühlenbruch, Archiv, B. 2, S. 383.

v. Savigny a. a. O. S. 114, 333—335 und die dort angeführten Stellen.

Landrechtszusatz 1110 a.

Die Einrede ist aber auch verjährt, weil Beklagter nach seinem eigenen Vertrag den Irrthum schon im Jahre 1796 oder doch im Jahre 1815 entdeckte (Art. S. 216) und bei der erstern Unterstellung die gemeinrechtliche, und unter der letztern Voraussetzung die 10jährige Verjährung des Landrechtssatzes 1304 zur Zeit der erhobenen Klage vollendet war, Einreden aber, die zugleich klagend geltend gemacht werden können, nicht mehr angebracht werden dürfen, wenn die Klage verjährt ist *).

Es ist deshalb eine Erörterung des materiellen Gehalts der Einrede überflüssig. Eben so wenig kommt es hier darauf an: ob durch den behaupteten Irrthum irgend einem andern etwaigen Berechtigten etwas präjudizirt werde. —

Der vom Kläger weiter angerufene Titel der Verjährung ist nicht begründet, da derartige (Personen-) Rechte durch keine Verjährung erworben werden können, sondern nur das Klagrecht desjenigen, der klagen konnte, erlöscht.

Unterholzner, Verjährung, §. 294.

Thibaut, System, §. 1032.

Es bedarf indessen nach dem Obigen dieses Klaggrundes auch nicht mehr. —

Die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung ist grundlos, weil sie aus Beschlüssen der Verwaltungsbehörden hergeleitet und eine richterliche Entscheidung in der in Landrechtssatz 1351 bezeichneten Weise gar nicht behauptet ist.

Der Einwand endlich, daß nach dem Stiftungsbrief nur armen Familiensöhnen das Stipendium verliehen werden solle, erscheint bei der Allgemeinheit der Bestimmung des unterrichterlichen Erkenntnisses, um dessen Bestätigung der Kläger bittet, unerheblich, und findet überdies seine Erledigung in der Nachweisung dieses Erfordernisses in den hofgerichtlichen Akten und der Ertheilung des Armenrechtes an den Kläger beziehungsweise die Wittwe desselben.

Aus diesen Gründen erscheint die gegen das stadtamtliche Erkenntniß ergriffene Berufung als unbegründet und es mußte daher unter Anwendung des §. 169 der Prozeßordnung wegen der Kosten bestätigend erkannt werden.

Zentner.

---

*) Dieser Satz ist bekanntlich nach Französischem wie nach dem Römischen Rechte sehr bestritten, weshalb ein Votant, da es dieses Grundes ohnehin nicht mehr bedürfe, für die Wegfassung desselben war. Dafür sind u. a.: Pfeiffer, prakt. Ausf., Unterholzner, Duranton und Merlin; dagegen: v. Savigny (System B. V. §. 254), Toullier und Zachariä (§. 771). Auch der term. a quo ist kontrovers, nach Savigny Bd. III. Beil. VIII. §. 25 wäre von 1785 (der Entstehung des Grunds) an zu rechnen gewesen.

Digitized by Google

II.

Thilo (Wilhelm, Hofgerichtsrath in Rastatt). Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden. Aus Quellen der Gesetzgebung richterlicher Entscheidungen und Doktrin für praktische Rechtsgelehrte erläutert.

Es ist ein Unglück, wenn die Gesetze den Beifall des Volkes oder der Klasse von Unterthanen, für welche sie erlassen sind, nicht verdienen; es ist aber noch weit schlimmer, wenn mit Gesetzen, deren Güte man anerkennt, die Entscheidungen der Gerichte nicht übereinstimmen; wenn das Recht nicht mehr von dem festen Buchstaben des Gesetzes, sondern von der schwankenden Ansicht des Richters, von dem Standpunkt, auf welchen er sich stellt, um dasselbe zu betrachten, abhängig wird; wenn auf solche Weise zwischen dem formellen und konkreten Rechte eine Kluft entsteht, welches die absolute Herrschaft des erstern beeinträchtiget. Eines der vorzüglichsten Mittel, diesem Uebelstande vorzubeugen, besteht zuversichtlich darin, daß Diejenigen, welche sich mit richteramtlichen Funktionen, oder mit der Vertretung der Partheien vor Gericht zu befassen haben, das Gesetzbuch und seine Quellen kennen lernen, und die vieljährigen Resultate der Doktrin und Praxis sich aneignen.

Die Quellen und Materialien, aus welchen der Jurist sich die Kenntniß dessen, was Recht und Unrecht ist, verschafft, sind jedoch in bändereichen Werken zerstreut. Es ist deshalb die Sammlung und Zusammenstellung derselben ein Bedürfniß für den Praktiker, durch dessen Befriedigung ihm eine Arbeit abgenommen wird, welche Zeit und Geschick und eine mehr als gewöhnliche Ausdauer erfordert, wenn sie gelingen soll. Wir besitzen bereits eine solche Sammlung *). Sie ist aber zu früh für ein voraussichtliches Gedeihen zum Vorschein gekommen und hat den Ansprüchen des Publikums an eine solche Arbeit keineswegs entsprochen.

Hofgerichtsrath Thilo, der uns schon mit mehreren ähnlichen Werken erfreute **), hat es nunmehr übernommen, dem in Frage stehenden Bedürfniß auch in Beziehung auf unser Prozeßrecht abzuhelfen. Er liefert uns den Text der Prozeßordnung und bereichert solchen mit zahlreichen Noten nach dem von Pailliet, Baurittel u. a. adoptirten Plane. Die Einleitung entfaltet das Einführungsedikt vom 31. November 1831, sodann eine Darstellung der Grundlinien des Berichtes der Gesetzgebungskommission und der Grundbestimmungen, wie sie von der Ständeversammlung 1831 angenommen wurden, endlich die Bezeichnung der auf die Einführung der Prozeßordnung und Gerichtsordnung bezüglichen Schriften und Aktenstücke.

Ueber den Zweck seines Unternehmens spricht er sich dahin aus:

Der Zweck dieses Werkes ist, den praktischen Rechtsgelehrten unseres Landes den wesentlichen Inhalt aller bis jetzt über die neue Prozeßordnung seit neun Jahren erschienenen, sowohl legislatorischen als gerichtlichen und doktrinellen Erläuterungen, einschließlich der neuesten gesetzlichen Bestimmungen (der Prozeßnovelle mit ihren Motiven) zum bequemen Handgebrauch darzubieten.

Die Methode, ein Gesetzbuch §§phen Weise zu erläutern, hat ihre Schwierigkeiten. Sie trennt Manches, was zusammengehört und erschwert besonders bei einer größern Zahl korrespondirender §§phen die Aufgabe des Verfassers, seine Noten überall am gehörigen Orte anzubringen, auch ihnen jene Vollständigkeit zu geben, welche zur Aufklärung des Gesetzes nöthig ist.

Dieser Uebelstand läßt sich gleichwohl, wenigstens zum Theil, durch Verweisung auf jene §§phen beseitigen, welche mit demjenigen, dem die Note zugetheilt ist, im Zusammenhange stehen. Der Verfasser hat diesen Ausweg häufig betreten.

Daß er sich darauf beschränkte, dem praktischen Juristen alles Wissenswerthe in den angegebenen Beziehungen mittelst auszugsweiser Mittheilung oder Angabe der Resultate und sorgfältiger Bezeichnung der Quellen vorzuführen, um ihm das Verständniß und die Anwendung einzelner §§phen auf konkrete Fälle zu erleichtern, wird man gewiß billigen, wenn man bedenkt, daß der Zeitpunkt zu einer streng wissenschaftlichen Bearbeitung und Begründung der Wahrheiten, welche unsere Prozeßordnung aufstellt, bei der Unzulänglichkeit der literarischen Hülfsmittel, bei dem theilweisen Mangel der Motive und bei der Art und Weise, in welcher sich die Meinungen der Gerichte durchkreuzen, noch nicht zu seiner Reife gelangt ist.

Indem ich diesem Werke jene Verbreitung wünsche, die es seiner Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit wegen verdient, kann ich mein Bedauern darüber nicht unterdrücken, daß der Verfasser von ungedruckten Rechtsfällen nur jene des Hofgerichts des Mittelrheinkreises aufgenommen hat. Die übrigen Hofgerichte würden ihm auf sein Ansuchen gewiß ein nicht minder ansehnliches und interessantes Contingent gestellt haben.

Das Werk ist mit einer Erklärung der Abkürzungen und mit einem Register versehen; das letztere bezieht sich auf die §§phen der Prozeßordnung.

v. Kettenmaker.

*) Annalen 1841, Nr. 27, S. 199.

**) Annalen 1841, Nr. 6, S. 42 und Nr. 37, S. 238.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des neunten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1842, auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe den 18. Dezember 1841.

I.

Licht- und Aussichtsgerechtigkeit.

(Conf. Annalen von 1837 Nr. 7, von 1838 Nr. 26, von 1839 Nr. 10.)

Vor etwa 50 Jahren war an das Wohnhaus des J. J. W. von Dossenbach ein Hinterhaus angebaut worden, welches einen Keller, einen Tanzsaal und eine Bühne enthält, und in diesen Fenster gegen das anstoßende Grundstück des J. G. Als nun im Frühjahr 1841 der Letztere sein Grundstück überbaute, beschwerte sich W. dagegen und verlangte, daß der Bau untersagt werde; er wurde auf den Rechtsweg verwiesen, weil ein baupolizeiliches Hinderniß nicht im Wege stehe, und stellte darauf eine Klage an, welche er auf die 30jährige Verjährung stützte, durch welche er ein Aussichtsrecht und sowit auch das Recht erworben habe, zu verlangen, daß er in dessen Ausübung nicht gestört werde. Er bat, den Beklagten zu verurtheilen, daß er den Bau, soweit dieser den gesetzlichen Abstand von 6 Fuß überschreitet, abbrechen und hinwegräumen lasse. Der Beklagte bestritt das Recht des Klägers, weil das Hintergebäude keine bewohnte oder bewohnbare Stuben enthalte, und weil dasselbe mit der Giebelmauer zum Theil auf seinem, des Beklagten, Grund und Boden stehe; gab aber alle übrigen Thatsachen als richtig zu.

Durch Urtheil vom 14. Juni 1841 wurde dem Klagbegehren entsprochen, und hinsichtlich der Einwendungen bemerkt: die Beanstandung, daß das Hintergebäude, in welchem die Fenster sind, nur Keller, Tanzsaal und Speicher und nicht auch eine Stube enthalte, sei irrelevant, weil das Dasein der Fenster als eines sichtbaren Merkmals der Dienstgerechtigkeit hinreiche, diese zu bewahren, sollten sie auch zur Zeit nicht zur Aussicht benutzt werden; und auf das weitere Vorbringen, daß das Hintergebäude mit der Giebelmauer zum Theil auf dem Grundstück des Beklagten stehe, könne, da dieses Verhältniß zugestandenermaßen schon über 50 Jahre ungestört und ohne Widerspruch von seiner Seite stattfinde, um so weniger Rücksicht genommen werden, als nicht zugleich mittelst einer Widerklage die Entfernung der Mauer verlangt werde. — Die Gründe in der Hauptsache, welche zum Theil aus einer Vergleichung des römischen mit unserem Rechte entnommen wurden, bedürfen einer etwas ausführlicheren Erörterung, weil offenbar die häufige Berücksichtigung des römischen Rechts bei Beurtheilung der vorliegenden Streitfrage an dem Schwanken der Ansichten große Schuld trägt, und eine nähere Betrachtung zeigen wird, daß die Bestimmungen des römischen und französischen Rechtes in dieser Lehre auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen, und deshalb Berufung auf die Analogie leicht irre führt. —

Die Römer hatten 4 hierher gehörige Servituten:

1) *Servitus luminum* oder lenestrarum. Ueber deren Bedeutung ist viel gestritten worden; nach der Ansicht der meisten Ausleger des römischen Rechts enthält sie die Befugniß, in einer fremden Wand Fenster anlegen zu dürfen. Lex 4 D de S. P. U. (8, 2) sagt:

> Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat.

Dies stimmt mit der gegebenen Auslegung vollkommen überein und geht auch schon daraus hervor, daß auf eigenem Grund und Boden und an eigener Wand jeder nach Belieben Fenster anlegen konnte, ohne hiezu einer Dienstgerechtigkeit zu bedürfen. Ob die Servitut auch an einer gemeinschaftlichen Wand bestellt werden kann, ist zweifelhaft, nach l. 26 l. c aber nicht wahrscheinlich.

2) *Servitus ne luminibus officiatur.* Fenster, die man an dem eigenen Hause hatte, durfte der Nachbar durch Verbauen verdunkeln, wie aus l. 9 l. c hervorgeht.

> Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non servit, nulla competit actio.

Es war also nöthig, sich durch eine besondere Dienstgerechtigkeit zu schützen, daß die in dem Eigenthumsrecht liegende Befugniß des Nachbars, die Lichtfenster willkürlich zu verdunkeln, diesem entzogen werde, und er auf seinem Grundstück nicht höher bauen dürfe. l. 4 l. c giebt diese Definition:

> Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit

Digitized by Google

vicino, invitis nobis altius aedificare, atque ita luminare *nostrorum aedificiorum*.

Cod. l. 22, l. 23 eod.

3) *Servitus ne prospectui officiatur* (auch servitus prospectus genannt). Jeder hatte als in seinem Eigenthumsrecht liegende Befugniß das Recht, nach dem Grundstück des Nachbars Aussichtsfenster anzulegen, eine S. prospectus konnte es daher nicht geben und es wird ihrer auch im Corpus juris nicht erwähnt; sondern wie hinsichtlich der Lichtfenster, so war es auch hier nur nöthig, die negative Dienstbarkeit zu erwerben. Sie bestand in dem Recht, zu verlangen, daß der Nachbar nichts vornehme, was die freie Aussicht hindere, es liegt also in ihr dasselbe, wie in der S. ne luminibus officiatur, nur hat sie noch eine größere Ausdehnung: denn während bei jener nur der Himmel frei bleiben muß, darf bei dieser auch der Boden nicht überbaut werden.

Inter servitutem, ne luminibus officiatur, et ne prospectui offendatur, aliud et aliud observatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, et liberum: in luminibus autem, ne lumina cujusquam obscuriora fiant. l. 15 eod. Lumen id est, ut cœlum videretur: et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est. l. 16 eod.

Es darf nicht einmal durch Pflanzen eines Baumes die Aussicht gestört weeden, l. 12 eod., und zwar auf weite Entfernung. — Für die Stadt Constantinopel wurden später Beschränkungen gemacht, wie sie das gedrängte Zusammenleben vieler Menschen erforderte; darnach sollte nämlich die Servitut nue das Recht geben, zu veelangen, daß auf eine Entfernung von 12 Fuß kein Gebäude errichtet werde, es sei denn, daß die Aussicht auf das Meer ging, in welchem Falle ein Zwischenraum von 100 Fuß frei gelassen werden mußte. l. 12 C de aedificiis privatis (8, 10) Nro. 63 und 165.

4) Die *Servitus altius non tollendi* ist das Recht, zu verlangen, daß der Nachbar seinen Bau nicht erhöhe; sie ist in den beiden voehergehenden Servituten, und namentlich in der letztern, welche eine S. omino non tollendi enthält, als minus begriffen, wie dies l. 4 cit. ausdrücklich anerkennt; sie kann aber auch als selbstständige Servitut erworben werden. —

Das römische Recht stellt hiernach den Grundsatz auf, daß das Eigenthumsrecht die unbeschränkte Dispositionsbefugniß über die Sache enthalte. Jeder darf auf seinem Grund und Boden machen, was er will, der eine kann Licht- und Aussichtsfenster anlegen, wo und wie es ihm gefällt, und der andere kann sie wieder durch Bauten, die er auf seinem Grundstück errichtet, nach Belieben veedunkeln. Die Dienstbarkeiten, welche das Recht, dem Andern entgegenzuwieken, beschränken sollen, können demnach nur negativer Natur sein und nur das Recht enthalten, zu verlangen, daß der Nachbar die Lichtfenster nicht verbaue, die Aussicht nicht versperre.

Wie in Constantinopel, so führte später auch in andern Städten das Bedürfniß baupolizeiliche Vorschriften herbei; während aber dort die Ausdehnung der Servituten geschmälert worden war, verkümmerte man hier das Eigenthumsrecht. So bestimmte die Coutume de Paris, daß man keine Aussicht auf das Nachbargut in Anspruch nehmen und deshalb keine Fenster, die hiezu dienen könnten, anlegen dürfe, außer in einer Entfernung von 6 Fuß von der Grenze; und jedes Fenster, das nicht geschlossen und vergittert sei, und 8, resp. 6 Fuß über dem Zimmerboden seinen Anfang nehme, sei als Aussichtsfenster zu betrachten. Wollte man Aussichtsfenster an der Grenze haben, so mußte man das Recht hiezu besonders erwerben. Diese Bestimmung der Coutume de Paris ging in den Code civil über, und was Lokalvorschrift für Paris war, wurde auf diese Weise allgemein ausgedehnt.

Nach dem neuern Rechte ist also die im Uebrigen allerdings anerkannte Befugniß des Eigenthümers über Bestand und Wesen einer Sache, sowie über den Genuß derselben nach Belieben zu schalten und zu walten, Landrechtsatz 544, zu Gunsten des Nachbars dahin beschränkt, daß er sich der Anlegung von Fenstern und Allem, was eine Aussicht verschaffen könnte, wie Altane, offene Erker, bis auf 6 Fuß Entfernung von dem Nachbargut enthalten muß. Baut er gegen die Vorschrift, so kann er genöthigt werden, die Fenster zu vermauern, es sei denn, daß er das Aussichtsrecht erlangt habe.

Betrachtet man nun die einzelnen Servituten nach den durch diese Vorschriften erlittenen Umgestaltung, so ergibt sich:

1) Die Serv. luminum mag in der Bestimmung des Landrechtsatzes 675 gefunden werden, und ist das Recht, in der gemeinschaftlichen Mauer Fenster oder sonstige Oeffnungen anzubringen. Sie hängt mit den andern Dienstbarkeiten weniger zusammen und es wird daher von ihr hier keine Rede mehr sein.

2) S. ne luminibus officiatur. Wie nach römischem Recht der Eigenthümer in seiner Mauer, wenn sie auch an der Grenze steht, Lichtfenster anlegen darf, ohne eine besondere Dienstgerechtigkeit dazu nöthig zu haben, so kann er es auch jetzt kraft seines Eigenthumsrechtes; Lichtfenster sind aber nue solche, welche die in Landrechtsätze 676 und 677 beschriebenen Eigenschaften haben, und damit die Garantie, daß sie nicht zur Aussicht benutzt werden. Die Anlegung solcher Lichtöffnungen kann der Nachbar nicht hindern, deren Bestehen kann also auch seinen Rechtsgustand nicht ändern, und es bleibt ihm unbenommen, dieselben zu verbauen, wenn nicht die S. ne luminibus offi-

Digitized by Google

einer erworben wird. Diese hat also ganz denselben Charakter beibehalten, wie nach dem römischen Rechte, mit der einzigen Ausnahme, daß die Form der Lichtfenster nicht willkürlich gewählt werden darf.

3) Die S. ne prospectui officiantur kann jetzt nicht mehr als für sich bestehende Dienstgerechtigkeit vorkommen, denn was nützt das Recht, zu verlangen, daß der Andere meine Aussicht nicht verbaue, wenn mir jede Aussicht verboten ist und ich also keine habe. Es muß das positive Recht auf Aussicht erworben werden, in diesem ist aber die negative Dienstbarkeit nothwendig enthalten. Denn ein Recht ohne die gegenüberstehende Verbindlichkeit eines Andern ist nicht denkbar; habe ich dem Nachbar gegenüber das Recht erlangt, Aussicht auf sein Grundstück zu nehmen, so muß er dadurch verpflichtet sein, diese Aussicht zu dulden und folgeweise, Alles zu unterlassen, was derselben hinderlich sein könnte. Diese in der Natur der Sache begründete Verbindlichkeit ist auch durch Landrechtsatz 701 ausdrücklich in Bezug auf alle Dienstbarkeiten anerkannt, weil sie bei allen auf gleiche Weise vorkommt. Daß die negative Dienstgerechtigkeit in dem positiven Aussichtsrecht begriffen sei, war auch nach der konstanten Praxis von den französischen Gerichten bei Auslegung der Coutume de Paris angenommen worden, wie uns der Kassationshof in seinen Entscheidungsgründen zu dem von Rogron ad a 678 abgedruckten Urtheil vom 24. Juni 1823 versichert.

Auf dieselbe Weise hatte sich die Sache nach dem deutschen Rechte ausgebildet. Auch hier war die Willkür im Bauen beschränkt, und namentlich das Anlegen von Fenstern gegen das Nachbargut verboten; war jedoch das Recht dazu besonders erworben, so durfte es von dem Nachbarn nicht wirkungslos gemacht werden. Eichhorn d. Privatrecht §. 183. — Für Baden wird diese Ansicht noch durch den Zusatz 680a bestätigt, derselbe ist zwar wegen einer besondern Gattung von Gütern gegeben, insoweit er aber eine Erklärung des Begriffs und Wesens des Fensterrechts enthält, beschränkt er sich nicht auf die singuläre Bestimmung wegen der Allmendgüter, und da er Bestandtheil unseres Gesetzbuchs ist, muß die darin gegebene Erläuterung berücksichtigt werden. Aus Brauer Bd. I. pag. 514 ist zu ersehen, daß er das Verbot, die Aussichtsfenster zu verbauen auch wirklich als in der Natur der Dienstgerechtigkeit liegend bezeichnen wollte, und es kann deßhalb um so weniger ein Zweifel obwalten. Er sagt:

„Unvollkommen würde die Sicherheit des Lichts über die Allmend sein, wenn es in der Folge ... entzogen werden könnte. Deßwegen spricht unser Zusatz die Vorschrift aus, wer einmal, wenn gleich ohne besondere Dienstgerechtigkeit blos aus Allmendrechtstheilnahme, ein Lichtrecht hat, muß es auch, wenn das anstoßende Land aufhört Allmend zu sein, behalten, und es geht folglich solches alsdann in eine wahre Dienstgerechtigkeit über.

4) Die Servitus altius non tollendi hat unser Landrecht in S. 689 gelegentlich als eine eigene Dienstgerechtigkeit anerkannt. Sie hat dieselbe Natur wie nach dem römischen Rechte, und ist auch ebenso wie dort in den ad 2 und 3 erwähnten Servituten als minus enthalten. —

Steht der Begriff und das Wesen dieser Dienstgerechtigkeiten fest, so wirft sich noch die Frage auf: wie können sie erworben werden? oder, da der Erwerb durch Vergünstigung nicht bezweifelt wird, ist die Verjährung als Erwerbsart zulässig?

Bei der Aussichtsgerechtigkeit muß dies bejaht werden. Denn nach Landrechtsatz 690 können alle offene Dienstbarkeiten, welche zugleich selbstständig sind, durch 30jährigen Besitz erworben werden, und daß die Aussicht selbstständig ohne Zuthun eines Menschen ausgeübt wird, erklärt Landrechtsatz 688 ausdrücklich, wie Landrechtsatz 689 sie als offen anerkennt.

Hiergegen wird zwar eingewendet: durch die Verjährung werde nur das Recht erworben, die Fenster in der Entfernung, worin sie sich befinden, trotz der entgegenstehenden Vorschrift des Landrechtsatzes 678 zu behalten, so daß der Nachbar deren Vermaurung nicht mehr fordern könne. Das Recht, dem Nachbarn das eigene Uebelbauen seines Gutes zu untersagen liege nicht darin, der Besitz erstrecke sich nicht auf dieses Recht, und es könne dasselbe daher in Gemäßheit der Rechtsregel: quantum possessum, tantum præscriptum auch nicht miterworben werden. Ueberdies sei die servitus altius tollendi nach Landrechtsatz 689 eine verborgene Dienstbarkeit und könne somit gar nicht durch Verjährung erworben werden.

Die letztere Beanstandung wird durch das Obige ihre Widerlegung bereits gefunden haben, die andern Einwendungen aber scheinen auf einer Verwechselung und einem Durcheinanderwerfen heterogener gesetzlicher Bestimmungen zu beruhen.

Es ist nämlich ein großer Unterschied zwischen den Vorschriften des II. und jenen des III. Kapitels im IV. Titel des zweiten Buchs, jene enthalten die Dienstbarkeiten aus dem Gesetz und als solche das Verbot der Aussicht auf das Nachbargut und der Anlegung von Fenstern; diese dagegen handeln von den Dienstbarkeiten, welche durch Handlungen der Menschen erworben werden, und führen als solche die der Aussicht an; während die erstern eine Last beschreiben, reden die letztern von einem Recht, beides demselben Nachbargut gegenüber.

Wenn daher gesagt wird, Landrechtsatz 678 bestimme,

Digitized by Google

daß Ausſichtsfenſter nur 6 Fuß von der Grenze entfernt angelegt werden dürfen, wer gegen dieſe Vorſchrift handle, könne, wenn der Nachbar ſich 30 Jahre dabei beruhigt habe, nur fordern, daß ihm nun die Fenſter belaſſen werden, mehr folge aus dem Geſetz nicht, — ſo kann man dies unbedenklich zugeben, aus der Beſtimmung des Landrechtſatzes 678 folgt in der That nichts weiter, er enthält nur eine Belaſtung des Grundſtücks, auf welchem das Gebäude ruht, und es kann daher durch den Ablauf der Verjäheungszeit auch nur die Befreiung von dieſer Laſt erlangt werden, was jedoch keiner beſondern Ewähnung bedarf, weil es ſchon in Landrechtſatz 2262 liegt, wornach alle Klagen in 30 Jaheen verſeſſen werden, und alſo aus dieſem Grunde der Nachbar nicht mehr auf Entfeenung oder Zumaueen der Fenſter klagen kann. Die nähern Beſtimmungen üder die Ausſichtsgerechtigkeit behandelt dieſer Abſchnitt des Geſetzbuchs nicht, ſie gehören aber auch nicht dahin, ſondern unter die Lehre von den Dienſtbarkeiten, welche durch Handlungen der Menſchen erworben werden. Hier finden wir nun in Landrechtſatz 689, daß in der Anlegung eines Fenſters die Ankündigung liege, daß man eine Dienſtgeerechtigkeit in Anſpruch nehme, und in Landrechtſatz 688, daß die Ausſicht ohne Zuthun eines Menſchen ausgeübt wird; wer alſo ein Fenſter gegen das Nachbargut anlegt, der ſetzt ſich dadurch in den Beſitz der Ausſichtsgerechtigkeit, und da dieſe offen und ſelbſtſtändig iſt, erwirbt er durch 30jährigen ungeſtörten Beſitz das Recht ſelbſt, und zwar nicht das Recht Fenſter zu haben, ſondern das Recht auf Ausſicht, und ſomit auch, zu verlangen, daß die Ausſicht nicht geſtört werde. Landrechtſatz 701. Giebt man zu, daß in dem bedungenen Ausſichtsrecht die Servitus ne prospectui officiatur liege, ſo muß man annehmen, daß ſie auch in dem durch Verjährung erworbenen enthalten ſei, denn die Erwerbsart hat keinen Einfluß auf die Natur des Rechts, die Verjäheung iſt jedem andern Titel gleich, und ein durch ſie erwoebenes Recht nicht minder geſetzlich und vollſtändig, als ein durch Vergünſtigung erlangtes; und daß die Regel tantum praescriptum quantum possessum, obgleich anwendbar, keine Aenderung bewirke, geht aus dem Obigen hervor, wornach in dem Beſitz von Fenſtern auch der Beſitz des Ausſichtsrechtes liegt, wie dieß auch in der Natue der Sache begründet iſt. Denn Niemand legt Fenſter um der Fenſter willen an, ſie ſind nicht Zweck, ſondern nur Mittel zu Erreichung eines Zweckes, wie dieß in Nr. 10 der Annalen von 1839 auf das Ueberzeugendſte dargethan iſt. Darum verbietet Landrechtſatz 678 die Ausſicht und nur in Folge deſſen auch Alles, was dazu dient, ſie auszuüben, wie Fenſter, Altanen und offene Erker; dieſe aber nur weil und inſoweit ſie eine Ausſicht verſchaffen können, weßhalb geſchloſſene und vergitterte Fenſter, welche in gehöriger Entfernung vom Boden angebracht ſind, geſtattet werden.

Nach römiſchem Recht konnte man annehmen, daß die Verjährung erſt von dem Moment anfange, wo der Beſitzer des Nachbarguts einen Verſuch machen wollte, die Ausſicht zu beeinträchtigen, und daran verhindert wurde; denn wo die Ausſicht und Anlegung von Fenſtern jedem kraft ſeines Eigenthumsrechts zuſtand, da wurde hierdurch dem Nachbarn gegenüber kein beſonderes Recht in Anſpruch genommen und konnte deßhalb auch für ihn keine Verbindlichkeit entſtehen. Wie er das Anlegen von Fenſtern nicht hindern konnte, durfte ihm dadurch auch die Dispoſitionsbefugniß über ſein Eigenthum nicht entzogen und er in dem Recht, nach Belieben zu bauen, nicht beeinträchtigt werden. Wo dagegen das Geſetz Ausſicht und Fenſter zu Gunſten des Nachbars verbietet, da wird durch Anlegung von Fenſtern dieſem gegenüber ein Recht uſurpirt, und wenn er, obgleich ſich dieſe Anmaßung ihm offen ankündigt und er das Entfernen oder Vermauern der Fenſter verlangen könnte, 30 Jahre lang dazu ſchweigt, ſo geht der Beſitz in ein Recht über, und es wird die Ausſichtsgerechtigkeit mit allen ihren Wirkungen und Folgen erwoeben.*)

Anders verhält es ſich mit der *Serv. ne luminibus officiatur.* Hier muß eine der Servitut entgegengeſetzte Handlung von dem Nachbarn verſucht, aber verhindert worden ſein, ſei es duech bloße Einſprache, oder durch Gewalt. Denn in dem Anlegen von Lichtöffnungen wird nur von einer in dem Eigenthumsrecht liegenden Befugniß Gebrauch gemacht, und dem Nachbarn nicht zu erkennen gegeben, daß man ein Recht gegen ihn in Anſpruch nehme, ſo lange dieß nicht geſchehen iſt, ſteht Landrechtſatz 2240 der Zuläſſigkeit der Verjährung im Wege. Daſſelbe findet

*) Aus dieſer bündigen und klaren Darſtellung ergibt ſich, daß derjenige, welcher unter der Herrſchaft des Landrechts ein Ausſichtsfenſter gegen das Grundſtück des Nachbarn errichtet und 30 J. lang ungeſtört beſitzt, damit das Ausſichtsrecht ſelbſt erſitzt, — daß dagegen eine ſolche Erſitzung unter der Herrſchaft des Römiſchen, ſomit des gemeinen, Rechts (wo nicht das deutſche Privatrecht eine Ausnahme begründete) nicht ſtatt fand. Wurde alſo ein Ausſichtsfenſter da, wo nicht die jetzigen landrechtlichen Beſtimmungen etwa früher ſchon partikularrechtlich waren, bereits vor Einführung des neuen Landrechts errichtet, ſo kommt in Bezug auf die Verjährung der S. 2281 zur Anwendung, und wenn der Eigenthümer nach dem damaligen Geſetze zur Errichtung des Fenſters befugt war, ſo konnte der Nachbar auch nach Einführung des Landrechts ihn nicht anhalten, das früher mit Befugniß angebrachte Fenſter jetzt wieder zuzumauern. Aber eben darum kann der Fortbeſtand des Fenſters dem Nachbar auch nicht präjudizirlich ſein, und ihm gegenüber kein Ausſichtsrecht des Fenſtereigenthümers begründen, welches dem Ueberbauen des Nachbarguts im Wege ſtehen könnte. D. Red.

Digitized by Google

aus dem gleichen Grunde auch nach dem römischen Rechte statt. Savigny vom Besitz sagt hierüber pag. 552:

„Der Besitz der negativen Servituten ist nicht durch „jede Ausübung überhaupt begründet, nur dadurch, daß „man sie als Recht ausübt. Es wird also dabei der „blos factische Gebrauch von demjenigen unterschieden, „der juristische Gründe und eine Art von Nothwendigkeit „hat. Wenn mein Nachbar nur bis auf eine gewisse „Höhe gebaut hat, so genieße ich den Vortheil davon „auf eine blos factische und zufällige Weise, habe also „keinen Besitz. Dagegen ist aus diesem Grundsatze klar, „warum der verhinderte ernstliche Versuch den Besitz „geben muß, weil nämlich unmittelbar nachher das „Unterlassen nicht mehr zufällig, sondern durch den Ein„spruch bewirkt war."

Die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von 1824 pag. 267 ausgesprochene Ansicht, daß derjenige, welcher Lichtöffnungen die Verjährungszeit hindurch habe, zwar nicht die negative Servitut erworben habe, aber doch begehren könne, daß ihm die nothdürftige Hellung gelassen werde, ist aus l. 10 D. de S. P. U. (8,2) entnommen und der Billigkeit angemessen, dürfte sich aber aus dem Gesetz nicht rechtfertigen lassen. Es gibt nur die Alternative, entweder ist die negative Servitut erworben, oder sie ist es nicht, ein Mittelweg ist nicht zulässig. *)

Es bleibt nun noch eine letzte Frage: wie weit erstreckt sich das Aussichtsrecht? Der Römer, welcher von seinem Hause aus eine schöne Aussicht auf die Berge, oder auf das Meer hatte, konnte verlangen, daß sie ihm in derselben Ausdehnung belassen werde, es durfte kein Baum gepflanzt werden, der sie schmälert, kein Gebäude errichtet werden, das sie entzog. Auch hier wird man eine Abweichung des neuern Rechtes annehmen müssen.

Da die Lehre, wie schon bemerkt, aus der Coutume de Paris entnommen ist, läßt sich wohl denken, daß sie auf baupolizeilichen Vorschriften beruht, wie sie für eine dichtbevölkerte Hauptstadt nothwendig sind. Da kann man keine große Zwischenräume zwischen den Gebäuden gestatten, und nur Geringes wird der Annehmlichkeit zum Opfer gebracht. — Landrechtsatz 678 verbietet die Aussicht nach dem Nachbargut, gestattet aber in einer Entfernung von 6 Fuß das Anlegen von Fenstern, hieraus geht hervor, daß die weiter entfernten Gegenstände nicht mehr als in den Bereich des Auges fallend betrachtet werden sollen. Es ist dieß freilich ein sehr beschränkter Gesichtskreis, aber es ist diese Auslegung dennoch im Gesetz begründet, und es muß daher vice versa angenommen werden, daß, wenn jemand eine Aussichtsgerechtigkeit erworben hat, der Nachbar immerhin in einer Entfernung von 6 Fuß bauen darf, ohne dieselbe zu verspeeren. So hat auch der Cassationshof in dem schon angeführten Urtheil entschieden, und der Zusatz 680 a spricht dieß deutlich aus.

Fassen wir das bisher Gesagte kurz zusammen, so ergeben sich folgende Sätze:

1) Die positive Lichtgerechtigkeit ist das Recht, in der gemeinschaftlichen Mauer Fenster anzulegen.

2) Die negative Lichtgerechtigkeit besteht in dem Recht, zu verlangen, daß der Nachbar die in dem eigenen Hause angelegten Lichtfenster nicht verdunkle.

Sie wird durch 30jährigen Besitz von Lichtfenstern nicht erworben, wenn sie nicht zugleich als Recht in Anspruch genommen worden ist, d. h. wenn nicht der Versuch des Nachbars ihr entgegenzuwirken vereitelt worden ist.

3) Die Aussichtsgerechtigkeit ist das Recht, durch Fenster die an der Grenze angelegt sind, auf das Nachbargut zu sehen, und zu verlangen, daß der Nachbar auf eine Entfernung von 6 Fuß nichts vornehme, was die Aussicht beeinträchtigt.

Sie wird, da sie offen und selbstständig ist, durch 30jährigen Besitz von Aussichtsfenstern erworben.

4) Die Servitus non altius tollendi ist in den beiden vorhergehenden Dienstgerechtigkeiten enthalten, kann aber auch unabhängig von diesen erworben werden.

Rüßlin.

II.

1) Welche Beweiskraft hat die von dem Cedenten ausgestellte Privatquittung dem Cessionar gegenüber? Landrechtsatz 1328, 1347, 1367. —

2) Kann die Aechtheit der Urkunde durch Adcitation bewiesen werden. §. 118 der Prozeßordnung.

Die Bestimmung des Landrechtsatzes 1328:

„Tag und Jahr der Privaturkunden wird gegen dritte Personen gewiß von dem Tag, da sie zu gerichtlichen Akten gebracht worden, u. s. w."

hat zu sehr verschiedenartigen Auslegungen Veranlassung gegeben, und dieß namentlich bei Cessionen, wenn der von dem Cessionar belangte Schuldner sich zum Beweise der schon geleisteten Zahlung auf die von dem Cedenten ausgestellten Quittungen berief. Bald nahm man an, daß solche Quittungen gänzlich beweislos seien, bald ließ man sie als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten, und bisweilen legte man ihnen volle Beweiskraft bei.

Die letzte von Toullier, (Duvergier) vertretene Ansicht geht von der Unterstellung aus, daß der Cessionar, da er Rechtsnachfolger des Cedenten sei, nicht als Dritter betrachtet werden könne. Es ist jedoch jetzt ziemlich allgemein und wohl mit Recht angenommen, daß die speciellen Rechtsnachfolger nur in Bezug auf die aus dem Rechtsgeschäft unmittelbar entspringenden Rechtsverhältnisse eine sogenannte Personeneinheit mit ihrem Rechtsvorgänger bilden, in allen andern Beziehungen aber als dritte Personen gelten müssen, und daß namentlich im Sinne des Landrechtsatzes 1328 jeder als Dritter zu betrachten ist, der weder bei Ausstellung der Urkunde als Parthie mitgewirkt hat, noch dieß als Erbe oder allgemeiner Rechtsnachfolger unbedingt ver-

*) Sehr richtig! D. Red.

Digitized by Google

treten muß. Es kann daher hier eine nähere Erörterung dieser Streitfrage füglich unterbleiben. *)

Nimmt man an, daß eine Privatquittung Dritten gegenüber gänzlich wirkungslos sei, so kommt man zu dem Resultat, daß der Schuldner die geleistete Zahlung fast nie beweisen kann. Denn in einer öffentlichen Urkunde wird nicht leicht die Quittung verfaßt, und die Fälle, in welchen nach Landrechtsatz 1328 das Datum der Privaturkunden gewiß wird, treten selten ein; Zeugenbeweis darf alsdann nicht zugelassen werden, wenn der Streitgegenstand den Werth von 75 fl. übersteigt, und die Eideszuschiebung wird ohne Erfolg sein, da der Cessionar den Nichtwissenseid in der Regel mit gutem Gewissen schwören kann. Es würde demnach der Schuldner, welcher ganz vorsichtig gehandelt und für den Beweis seiner Zahlungen dadurch gesorgt hat, daß er sich Quittungen ausstellen ließ, in einen rechtlosen Zustand versetzt, sobald es seinem Gläubiger einfiele, die Forderung nach erhaltener Zahlung zu cediren. Dieß kann das Gesetz nicht beabsichtigen und darf es um so weniger als es die Cession ohne Mitwirkung des Schuldners gestattet, und diesen daher vor den nachtheiligen Folgen einer Handlung Dritter, die er nicht verhindern kann, schützen muß. Deßhalb verordnet der Landrechtsatz 1691, daß der Schuldner die Cession nicht eher zu berücksichtigen braucht, als bis ihm dieselbe feierlich bekannt gemacht worden ist, und daß alle Zahlungen, welche er bis dahin an den Cedenten macht, als gültig betrachtet werden und ihn befreien sollen. Diese Bestimmung wird aber in den meisten Fällen vereitelt, wenn man dem Schuldner den Beweis, daß er wirklich vor der Bekanntmachung der Cession bereits bezahlt habe, so sehr erschwert.

Schon aus diesen allgemeinen aus der Cession abgeleiteten Rücksichten dürfte die zwischen beiden Extremen die Mitte haltende Ansicht den Vorzug verdienen. Denn wenn man die Privatquittung in Bezug auf das Datum als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten läßt, so ist der Schuldner vor der Gefahr geschützt, doppelte Zahlung leisten zu müssen, es ist ihm der Beweis wohl erschwert, aber doch nicht unmöglich gemacht, und eben so ist dem Cessionar die nöthige Garantie gegeben, daß das ihm übertragene Recht nicht durch Antedatirung von Quittungen wirkungslos gemacht werde.

Dieselben Rücksichten treten auch bei den andern Rechtsgeschäften ein, bei welchen Privaturkunden Dritten entgegengehalten werden können, immer muß der doppelte Gesichtspunkt im Auge behalten werden, einmal, daß gültige und zulässige Beweismittel nicht plötzlich jeder Wirksamkeit beraubt werden und dadurch ihr Inhaber in einen rechtlosen Zustand gerathe, und dann, daß der Dritte nicht durch die so leicht ausführbare Antedatirung der Urkunden betrogen werde. Darum mußte der Gesetzgeber Dritten gegenüber die Beweiskraft von Privaturkunden schwächen, durfte sie aber nicht gänzlich aufheben, ohne die Sicherheit des Rechtszustandes zu gefährden, oder eine Härte zu begehen.

Mit dieser aus dem Geist und Zweck des Gesetzes geschöpften Auslegung stimmt auch der Wortlaut überein. Denn Landrechtsatz 1328 sagt: „Tag und Jahr wird gewiß von dem Tag u. s. w., hieraus kann offenbar nur folgen, daß das Datum ungewiß ist, so lange keine der in dem Artikel genannten Voraussetzungen eintritt, und daß es also noch der Unterstützung von andern Beweismitteln bedarf; nicht aber auch, daß die Urkunde bis dahin so betrachtet werden müsse, als hätte sie gar kein Datum. — Regel ist, daß eine mit den gesetzlichen Erfordernissen versehene Privaturkunde, wenn sie anerkannt oder für ächt erklärt ist, gleich einer öffentlichen gilt, Landrechtsatz 1322, d. h. daß sie vollen Beweis liefert, Landrechtsatz 1319; wenn nun in Landrechtsatz 1328 die Beschränkung beigefügt wird, daß sie in Bezug auf Dritte nur dann gleich einer öffentlichen Urkunde gelten solle, wenn noch besondere Voraussetzungen eintreffen, so folgt daraus lediglich, daß sie, wenn diese Voraussetzungen fehlen, nicht gleich einer öffentlichen gelte und also nicht vollständig beweise.

Hiefür spricht auch die Analogie. Andere Gesetzesstellen drücken sich nämlich noch viel bestimmter aus, und benehmen einer Urkunde geradezu die Beweiskraft oder Gültigkeit, wenn gewisse Erfordernisse fehlen, und doch betrachtet man die durch sie beurkundete Verbindlichkeit nicht als beweislos.

So bestimmt Landrechtsatz 1325:

„Privaturkunden über doppelseitige Zusagen sind nur gültig, wenn so viele Urschriften, u. s. w."

und Landrechtsatz 1326:

„eine Schuldurkunde muß den Beisatz gut u. s. w. enthalten."

Fehlt nun der Beisatz „gut", ist die Urkunde über doppelseitige Zusagen nur einmal ausgefertigt, oder erwähnt sie nicht der doppelten Ausfertigung, so läßt man sie doch als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten, weil bei ihr die Voraussetzungen des Landrechtsatzes 1347 vorhanden sind.

Ein ähnliches Beispiel liefert Landrechtsatz 1329, darin heißt es:

„Bücher der Handelsleute machen keinen Beweis der eingetragenen Lieferungen gegen Nichthandelsleute."

Dennoch bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß in solchen Fällen ein Notheid auferlegt werden solle; nun ist aber ein Notheid nur dann zulässig, wenn die Thatsache nicht beweislos ist und es wird also den Büchern der Handelsleute auch gegen Nichthandelsleute einige Beweiskraft von dem Gesetz selbst beigelegt, obgleich der Wortlaut des Landrechtsatzes 1329 nichts weniger erwarten ließ, als dieß.

Warum will man bei Auslegung des Landrechtsatzes 1328 strenger verfahren, obgleich dessen Worte weit weniger dazu auffordern? Auch hier wird man annehmen müssen, daß die Thatsache, welche durch eine solche Urkunde unterstützt wird, nicht beweislos dastehe, und es fragt sich nur noch: wie kann der mangelhafte Beweis, und zwar insbesondere bei der Cession, vervollständigt werden?

Da der Cessionar Rechtsnachfolger des Cedenten ist, von welchem die Quittung ausgestellt wird, und da diese nach dem bisherigen und weil ein Betrug nicht vermuthet wird, das Datum wahrscheinlich macht, so muß sie als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten und deßhalb wird der Zeugenbeweis zulässig. Landrechtsatz 1347. Zachariä, IV. Seite 447. Reicht derselbe nicht hin, so wird auf

*) Zachariä, IV. pag. 448. Duranton, VII. Nr. 131 — 139. Troplong de la vente Nr. 920. Laukhard, Rechtsfälle II. Nr. 61.

Digitized by Google

Notheid erkannt. — Es liegt hierin kein Widerspruch mit der Annahme, daß der Cessionar im Sinne des Landrechtsatzes 1328 Dritter sei; denn diese Gesetzesstelle verbindet damit einen eigenthümlichen Begriff, und es kann daher jemand darnach als Dritter erscheinen, während er im Allgemeinen als Rechtsnachfolger angesehen werden muß.

Wo Zeugenbeweis zulässig ist, da kann auch eine Berufung auf Vermuthungen statt finden, Landrechtsatz 1353, eine Vermuthung wird aber namentlich dann eintreten, wenn der Schuldner gleich bei der Bekanntmachung der Cession die Quittung vorzeigt, oder doch wenigstens die geleisteten Zahlungen angibt, Zachariä, IV. Seite 448 Note 41, Troplong, de la vente Nr. 920 Note II. Manche halten dieß für das einzige Mittel, die Richtigkeit des Datums zu konstatiren, es läßt sich jedoch hiefür kein Grund anführen, und kann nur als richtig zugegeben werden, daß der Schuldner wohl thun wird, diese Vorsichtsmaßregel nicht zu versäumen, in dem ihm der Beweis dadurch sehr erleichtert wird, wenn es zum Prozeß kommt.

Wird die Urkunde in Bezug auf das Datum weder durch Zeugenaussagen, noch durch Vermuthungen unterstützt, so wird dennoch ein Notheid auferlegt werden müssen und nicht sofort eine Abweisung der Einrede erfolgen können. Denn wenn die Urkunde den Anfang eines schriftlichen Beweises bildet und das in ihr angegebene Datum wahrscheinlich macht, so ist die Behauptung, auch abgesehen von allem Uebrigen, nicht beweislos, und es findet somit die Bestimmung des Landrechtsatzes 1367 Anwendung, wornach eine unbedingte Abweisung nur erfolgen kann, wenn die behauptete Thatsache gänzlich beweislos ist, und in allen andern Fällen der Notheid auferlegt werden soll.

Ist die Urkunde ohne weitere Unterstützung, so müßte eigentlich auf einen Reinigungseid erkannt werden. Da aber nach §. 635 der Prozeßordnung nicht auf den Grad des vorhandenen Beweises geschehen werden soll, sondern nur darauf, von welcher Partei nach allen Umständen die Wahrheit am Sichersten zu erwarten ist, so kann der Eid nur dem Schuldner auferlegt werden; denn er allein ist im Stande genaue und bestimmte Kenntniß von dem Tage der Zahlung zu haben, und er allein kann einen Wahrheitseid leisten. Bauer Band V. §. 1165.

Dieß Alles folgt nothwendig aus dem oben aufgestellten Satze, und wenn dieser richtig ist, sind es auch die Schlußfolgerungen *).

*) Allerdings sind diese Schlußfolgerungen nothwendig, wenn es richtig ist, daß die Privaturkunde ohne die Voraussetzungen des Satzes 1328 für ihr Datum auch gegen Dritte den Anfang eines Beweises gebe. Ich habe aber Bedenken, diese Prämisse als richtig anzunehmen.

Wenn der Satz 1328 sagt, das Datum einer Privaturkunde sei nur in den dort ausgedrückten Fällen gegen Dritte gewiß, so will das Gesetz damit das Nämliche sagen, wie wenn es hieße, daß die Privaturkunde nur in diesen Fällen überhaupt ein Datum gegen Dritte habe, und daß sie somit in andern Fällen gar kein Datum (gegen Dritte) habe. Es geht dieß ganz klar aus dem französischen Texte des Gesetzes hervor, welcher gerade die letztere Ausdrucksweise enthält:

„les actes sous seing — privé *n'ont de date* contre les tiers, que du jour, ou ils ont été enregistrés, etc.“

Das Bisherige tritt ein, wenn die Aechtheit der Urkunde überhaupt nicht beanstandet wird, und es wirft sich nun noch die Frage auf, wie im Ableugnungsfall der Aechtheitsbeweis geführt werden kann.

Daß der Cessionar sich über die Urkunde erklären muß, kann nach §. 433 der Prozeßordnung nicht bestritten werden, und ebensowenig, daß, wenn er die Aechtheit ableugnet,

Der Grundtext sagt also: jene Urkunden haben überhaupt nur erst ein Datum von dem bezeichneten Tage an, d. i. sie haben bis dahin gar kein Datum. Diese nämliche Bedeutung muß also, da nach Brauers Erläuterung zu diesem Artikel keine Abweichung beabsichtigt war, auch unserer Uebersetzung zukommen, wenn sie den Ausdruck braucht, das Datum werde erst von dem bezeichneten Tage an gewiß.

Es ergibt sich dies auch daraus, daß nirgends gesagt ist, daß die Urkunde, wenn sie das Datum ungewiß lasse, dasselbe denn doch wahrscheinlich mache, also dafür den Anfang eines Beweises liefere.

Bei den der Vorschrift des Satzes 1325 oder der Vorschrift des Satzes 1326 widersprechenden Urkunden verhält sich's anders, weil solche Urkunden dieser Mängel ohnerachtet immerhin unter die Regel des Satzes 1347 Absatz 2 fallen; und nur unter dieser Voraussetzung wird ihnen (jedoch auch hier nicht von allen Rechtslehrern) die Wirkung eines Beweisanfangs zugestanden. Sie rühren nämlich von demjenigen her, wider den die Forderung gerichtet ist, oder dessen Rechtsvertreter er ist, und machen die angeführte Thatsache (wenn gleich die Urkunden des Satzes 1325 nicht doppelt ausgefertigt, oder jene des Satzes 1326 vom Schuldner nur einfach unterschrieben sind) doch wahrscheinlich. Mag man diese Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des Datums nun auch bei den Urkunden, denen die Voraussetzungen des Satzes 1328 fehlen, annehmen, so handelt es sich bei ihnen in dieser Beziehung doch nicht um den Beweis gegen denjenigen, von dem sie herrühren, oder gegen dessen Rechtsvertreter, (denn gegen diese gibt sie nach Satz 1322 ein gewisses Datum), sondern um den Beweis gegen Dritte. Auf sie findet also die Vorschrift des Satzes 1347 keine Anwendung, und eben so wenig die jedenfalls singuläre Vorschrift des Satzes 1328, der überdies auch nur vom Beweise unter den Kontrahenten und nicht vom Beweise gegen Dritte handelt.

Was die Erwägungen betrifft, daß der debitor cessus in eine gar zu schwierige Lage käme, wenn seine vom Cedenten erhaltene Quittung gegen den Cessionar nicht einmal den Anfang eines Beweises lieferte, so könnten sie nur von Gewicht sein, wenn es sich de lege *ferenda* handelte. Indessen auch in dieser Beziehung kann sich der deb. cessus immerhin leicht dadurch sichern, daß er (wie im Aufsatze selbst angedeutet ist) sogleich da, wo die im Satz 1690 vorgeschriebene feierliche Bekanntmachung der Cession an ihn geschieht, die Quittung, wornach er die Schuld schon bezahlt habe, vorlegt. Damit wird gewiß, daß dieselbe schon vor dieser Bekanntmachung bestanden habe, es ist also ein Datum der Zahlung gewiß, welches den Schuldner nach Satz 1691 auch gegenüber dem Cessionar rechtmäßig befreit. Schweigt aber der Schuldner bei der ihm geschehenden Bekanntmachung der Cession davon, daß er bereits bezahlt habe, so geschieht ihm nicht so hart, wenn man nun einen, dem Satz 1328 entsprechenden strengern Beweis von ihm fordert, daß die Zahlung jenes Schweigens ohnerachtet schon früher geschehen sei.

D. Red.

Digitized by Google

deren Beweis auf die in §. 444 u. ff. der Prozeßordnung angegebene Weise geführt werden kann, also durch Zeugen, Eideszuschiebung und Schriftvergleichung; zweifelhafter ist aber, ob eine Adcitation des Ausstellers stattfinden kann, und welche Wirkung dessen Anerkennung hat.

Nach §. 118 der Prozeßordnung ist die Adcitation in 2 Fällen zulässig, nämlich wenn Grund zur Streitverkündung vorhanden ist, und wenn der Dritte mit einer Partei in Bezug auf den einzelnen Rechtsstreit in einem solchen Verhältnisse steht, daß eine von der Partei vorzunehmende Handlung nur durch diesen Dritten geschehen kann. Diese beiden Fälle treten hier ein. Denn wenn der Cedent eine bereits bezahlte und folglich nicht mehr existirende Forderung übertragen, oder wenn er nach der Uebertragung, aber vor deren Bekanntmachung an den Schuldner die Zahlung in Empfang genommen hat, so kann der auf nochmalige Bezahlung belangte Schuldner gewiß Schadloshaltung von ihm verlangen, und deßhalb ihm den Streit verkünden, §. 112 der Prozeßordnung; und daß der Cedent mit dem Cessionar in Bezug auf den durch die Cession veranlaßten Rechtsstreit in einem solchen Verhältniß steht, daß die Handlung nur durch ihn geschehen kann, liegt am Tage, da er allein über die Aechtheit der von ihm selbst ausgestellten Quittung sichere Auskunft zu geben vermag. Der Cessionar hätte demnach gewiß das Recht, auch aus dem letztern Grunde die Beiladung des Cedenten zum Streite zu verlangen, und da §. 118 der Prozeßordnung in einem solchen Falle die Beiladung allgemein gestattet und nicht blos dem, welcher in dem genannten Verhältniß steht, wie dieß aus den Worten „auf Anerufen einer Partei kann die Beiladung eines Dritten verfügt werden, wenn ꝛc.“ hervorgeht; so muß auch auf Begehren des Schuldners die Adcitation erfolgen.

Annalen von 1838 Nr. 17 II.

Wenn nun der Beigeladene die Urkunde als ächt anerkennt, so wird man annehmen müssen, daß der Aechtheitsbeweis vollständig erbracht ist, und es beweist alsdann die Urkunde, daß der Cedent die Zahlung erhalten hat, nur bleibt das Datum noch ungewiß. *).

Es ist kein Grund, die Adcitation als unzulässig zu verwerfen, wenn es sich um Herstellung der Aechtheit von Privaturkunden handelt, denn §. 444 der Prozeßordnung schließt dieses Beweismittel nicht aus, und §. 118 der Prozeßordnung beschränkt die Mitwirkung des Adcitaten nicht auf gewisse Handlungen. Dafür daß er nicht im Interesse des Beiladenden und befangen handeln wird, liegt die Garantie in dem Umstande, daß er dem Cessionar ebensowohl zur Gewährleistung und Entschädigung verpflichtet ist, wie ihm. Nach §. 572 der Prozeßordnung könnte dem Cedenten der Eid in der Hauptsache zugeschoben werden, wenn er auf die Streitverkündung oder Beiladung am Streite Theil nimmt, umsomehr wird er dazu benutzt werden können, die Aechtheit einer Urkunde zu constatiren, die nachher doch nur als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten soll.

Nach diesen Grundsätzen wurde folgender Rechtsstreit entschieden:

J. G Leonhardt hatte an seinen Bruder Fritz Leonhardt in Eckenstein zur Erbgleichstellung 1667 fl. in verschiedenen Terminen zahlbar zu fordern, und cedirte davon 800 fl. an Abraham Mayer. Die Cession wurde gehörig bekannt gemacht. Als jedoch A. Mayer dem verfallenen Termin mit 234 fl. 31 kr. einklagte, schützte Fr. L. die Einrede der Zahlung vor, und behauptete, schon vor der Bekanntmachung der Cession dem J. G. L. 137 fl. und weitere 250 fl. bezahlt zu haben, und nach der Bekanntmachung sei der Restbetrag der Schuld dem B. Blum richterlich an Zahlungsstatt zugewiesen worden, er habe mittelst Wettschlagung auch die noch nicht verfallenen Termine an B. bezahlt, und sei somit gar nichts mehr schuldig.

Das letztere Vorbringen wurde nicht berücksichtigt, weil nach Landrechtsatz 1690 durch die gehörige Bekanntmachung der Cession der Besitz der Forderung gegen Dritte erlangt wird, und das später erlassene Arrestdekret hieran ebensowenig etwas ändern kann als die Zuweisung, die nur Wirkung hat, wenn und insoweit die Forderung noch Eigenthum des J. G. L. war, als der Beschlag erfolgte; und weil der Umstand, daß Fr. L. bei der Arrestanlegung von der ihm verkündigten Cession nichts erwähnte und daß er an den Angewiesenen wirklich bezahlt hat, auf das Verhältniß Dritter keinen Einfluß haben, und dem Cessionar des aus der Cession erworbene Recht nicht entziehen kann.

Hinsichtlich des andern Punktes wurde dem Beklagten der Beweis auferlegt und dieser durch Vorlage von Quittungen, Bitte um Adcitation des Ausstellers und Zeugen angetreten. Der Adcitat erkannte seine Unterschrift unter den Quittungen an, und diese mußten daher als ächt gelten. Die Zeugen wußten dagegen nur, daß eine Quittung ausgestellt worden sei, aber weder ob es eine der vorgelegten war, noch über welchen Betrag sie lautete, noch zu welcher Zeit es geschehen sei. Es wurde dem Beklagten der Notheid darüber auferlegt, daß die Zahlung von 137 fl. am 11. Nov. 1840 und jene von 250 fl. am 14. Nov. 1840, resp. vor der Bekanntmachung der Cession geleistet worden sei, und für den Fall des Ausschwörens die Abweisung des Klägers „zur Zeit“ in Aussicht gestellt.

*) M. s. hierüber auch den Aufsatz in Nr. 25 III. der Annalen von 1841. D. Red.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des neunten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1842, auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Neunter Jahrgang. Nro. 52. Karlsruhe den 25. Dezember 1841.

II.

Rechtsfall.

Anfechtung eines öffentlichen Testaments. Zeugenbeweis.

Das am 20. October 1822 datirte, in öffentlicher Form von Margarethe Schmitt von Bahndrücken errichtete Testament wurde von den Intestaterben der Erblasserin mittelst Klage sowohl als nichtig (wegen eines Formfehlers) als auch als falsch angefochten. Die Kläger unterlagen in allen drei Instanzen.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe, aus welchen zugleich das Nähere über die in dem Rechtsstreite zur Sprache gekommenen thatsächlichen Verhältnisse ersehen werden kann, lauten dahin:

I. Die Nichtigkeit soll darin bestehen, daß in dem Testamente nicht enthalten ist, „es sei der dispositive Theil dem Staatsschreiber vorgesprochen worden."

Es besagt nun zwar Landrechtssatz 1001, daß die Förmlichkeiten, welchen die letzten Willensverordnungen laut des ersten und zweiten Abschnitts in Buch III. Tit. II. Cap. 5 des Landrechts unterworfen sind, bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden sollen; und es bestimmt der Satz 972, daß da, wo ein öffentlicher letzter Wille von einem Staatsschreiber gefertigt wird, jener diesen vorgesprochen werden und daß dieses geschehen sei, in der Urkunde erwähnt werden muß. —

Allein es ist nicht nothwendig, daß in der Urkunde gerade dieselben Worte gebraucht werden, deren sich das Gesetz an der angeführten Stelle bedient, es kann vielmehr der Testamentsfertiger auch in andern Worten sich ausdrücken, nur muß aus der Beurkundung zur Genüge hervorgehen, daß der letzte Wille dem Staatsschreiber wirklich erklärt worden ist. Daß letzteres im vorliegenden Falle geschehen sei, erhellt nun ganz unzweideutig aus der betreffenden Testamentsurkunde. Es besagt dieselbe nämlich im Eingange:

„Zur öffentlichen Urkunde wird hiemit niedergeschrieben, daß unterm heutigen Margarethe Schmitt vor mir, dem verpflichteten und zu Aufnahme von Staatsschreibereigeschäften im Amte Bretten beauftragten Theilungscommissär und mit ihr die 5 nachbenannten Zeugen mit dem Vortrage erschienen sei, wie sie, Margarethe Schmitt, ihren letzten Willen niedergeschrieben wissen will."

Hiernach hat also die mit einem „Vortrag" vor dem Theilungskommissär erschienene Margarethe Schmitt unzweifelhaft jenen Vortrag an die Person gerichtet, vor welcher sie erschienen war und von der sie die Niederschreibung des letzten Willens begehrte, und der Natur der Sache nach allein begehren konnte. Der Ausdruck „Vortrag" bedeutet eine Anrede, eine Erklärung und setzt voraus, daß letztere mündlich an den Theilungskommissär gerichtet wurde. — Nach einer Zwischenbemerkung des Verfassers der Urkunde, daß er mit den Zeugen von den gesunden Sinnen der Testirerin sich überzeugt habe, fährt dann die Urkunde fort:

„erklärte die Margarethe Schmitt mit deutlichen und verständlichen Worten Folgendes." (Nun wird der Inhalt der letztwilligen Disposition angereiht.)

Diese Erklärung ist offenbar nichts Anderes, als die Fortsetzung des „Vortrags", mit welchem die Margarethe Schmitt vor dem Theilungskommissär erschienen war, und dessen Niederschreibung sie, wie im Eingang des Testaments bemerkt wurde, begehet hatte. So wie aber die Einleitung des Vortrags an den Kommissär gerichtet war, so mußte auch die Fortsetzung nothwendig an dieselbe Person gerichtet sein, von welcher das Niederschreiben, nach dem Willen der Testirerin zu geschehen hatte; und die einleitende Beurkundung, daß die Margarethe Schmitt einen „Vortrag" an den Theilungskommissär gerichtet habe, genügt zur Beurkundung dafür, daß Alles, was in der Urkunde weiter als Erklärung der Testirerin angeführt wird, gerade dem Theilungskommissär vorgetragen oder (was gleichbedeutend ist) vorgesprochen wurde.

Digitized by Google

Aus dem Zusammenhange der Urkunde ergiebt sich daher die Gewißheit, daß eine Verletzung des Landrechtsatzes 972 nicht vorliegt.

II. Als Gründe für die Falschheit des Testaments werden in der Klage angeführt:

1) Das Testament rühre gar nicht von Margarethe Schmitt her. Diese sei nicht die Person gewesen, welche vor dem Theilungskommissär erschienen sei und ihren letzten Willen in der Art erklärt habe, wie ihn die eewähnte Urkunde enthalte.

2) Der Inhalt der Letztern — wornach sämmtliche darin erwähnten Zeugen zugleich mit der Erblasserin voe dem Theilungskommissär eeschienen seien, jene in Gegenwart der Zeugen ihren Willen vorgesprochen und auf Wiedervorlesen erkläet habe, daß das Niedergeschriebene ihr letzter Wille sei, wornach ferner Alles in ununterbrochener Handlung vorgegangen wäre — sei unwahr; und es werden die Abweichungen von der Wahrheit nähee angegeben.

Ueber die unter 2 gehörigen thatsächlichen Behauptungen wurde der Beweis in erster Instanz auferlegt und es wurde solcher, sowohl über das Beweisthema, als auch freiwillig über die Behauptung unter 1, lediglich durch Berufen auf drei der Testamentszeugen angetreten, wie auch durch Abhör der Letztern erhoben.

Die Begründung und diesen Beweis der fraglichen Behauptungen anlangend, so ist

zu 1 die Erstere offenbar ungenügend. Würde nämlich die unter den Namen der Maegarethe Schmitt gefertigte Testamentsurkunde nicht von dieser herrühren, so läge ein Betrug vor, der die Vernichtung des Akts rechtfertigte. Ein Betrug wird aber nicht vermuthet, es muß durch einzelne Thatumstände genau begeündet werden, Landrechtsatz 1116, Prozeßordnung §. 453.

An der Angabe solcher Umstände fehlt es aber hier gänzlich. Der Klagvortrag enthält mehe nicht, als ein Ableugnen dessen, was die Testamentsurkunde besagt. Es wurde nicht erwähnt, wer sich für die Margarethe Schmitt ausgab und welche sonstige Kunstgriffe gebraucht wurden, um den Testamentsfertiger oder die Zeugen glauben zu machen, die erschienene Person sei die fragliche Margarethe Schmitt. Jener bloße Widerspeuch gegen die wiederholte Angabe in der öffentlichen Testamentsurkunde, daß Margarethe Schmitt es war, welche vor dem Theilungskommissär erschienen ist, welche ihren Willen erklärt hat u. s. w., konnte daher um so weniger zum Beweise ausgesetzt werden, als nach Landrechtsatz 1320 die gesetzliche Vermuthung auch dafür spricht, daß die Beurkundung des Theilungskommissärs über die Persönlichkeit der mit der testamentorischen Dispostion selbst in engster Verbindung stehenden Testirerin in Wahrheit gegründet sei; und es würde hieran nicht einmal der Umstand etwas ändern, wenn ein oder der andere Testamentszeuge später behaupten wollte, die gedachte Person nicht gekannt zu haben.

Zu 2. Die weitern oben angeführten Behauptungen enthalten den Thatbestand einer Fälschung nicht. Zu diesem gehörte nämlich, daß die Urkunde entweder von den Personen, welche als deren Fertiger und Unterzeichner angegeben sind, nicht verfaßt oder unterzeichnet worden sei, oder daß die Urkunde nach ihrer Abfassung auf irgend eine vorsätzliche und widerrechtliche Art zum Zweck der Täuschung eine Veränderung eelitten hätte. Es ist aber nun nicht nur nicht bestritten, daß die Urkunde, welche ihrer Ankündigung nach von Theilungskommissär N. N. geschrieben worden sein soll, von diesem wirklich herrührt, sondern der klägersche Anwalt der vordern Instanzen behauptete dieses ausdrücklich, indem er zugleich den gedachten Theilungskommissär mehrmals der Fälschung bei Abfassung der Urkunde beschuldigt. — Ebenso ist die Aechtheit der Unterschrift der Testamentszeugen nicht beanstandet und nachgefolgte Veränderungen wurden nicht vorgefühet. Die Urkunde muß daher ihrer äußern Form nach als ächt angesehen werden.

Aus der Behauptung, daß es unwahr sei, wenn die Urkunde besagt: „die Testirerin und die Zeugen seien mit einander vor dem Theilungskommissär erschienen, die Testirerin habe ihren Willen in Gegenwart der Zeugen erklärt und nachdem er niedergeschrieben und ihr wieder vorgelesen worden war, bestätigt;“ ergibt sich ebensowenig der Thatbestand eines Betrugs indem ein Hauptmerkmal des Letztern, eine gewinnsichtige Absicht, welche den Urkundenfertiger bei Niedeeschreiben der Unwahrheit geleitet haben müßte, nirgends Thatsächlich begründet wurde.

Es blieb daher, so weit der von den Klägern dem Testamentsfertiger gemachte Vorwurf den gegenwärtigen Civilprozeß berührt, nur die Frage übrig, in wieweit die oben angeführte Thatsache, daß dee Inhalt der Beurkundung in den feaglichen Beziehungen unwahe sei, das Klagbegehren rechtfertigen könnte. Wäre es richtig, daß die Testirerin ihren Willen nicht in Gegenwart der Zeugen erklärt hätte ꝛc. so läge eine Verletzung der in den Landrechtsätzen 971, 972, Abs. 3. vorgeschriebenen Förmlichkeiten vor und es würde daraufhin eine Klage auf Vernichtung des Testaments begründet sein. Allein die kläger'schen Behauptungen konnten in der fraglichen Beziehung auf die mit Recht den Klägern gemachte Beweisauflage nicht erwiesen werden. — Das Testament ist nämlich, wie schon bemerkt, in öffentlicher Form verfaßt, und gegen die Befugniß des Testamentsfertigers zur Aufnahme von Staatsschreibereiacten sind keine Anstände erhoben worden. Es finden daher auf die betreffende Urkunde die Landrechtsätze 1317 und 19 so wie 1341 ihre Anwendung und müssen demnach, da die Fragen: „Ob die Testirerin und die Zeugen gleichzeitig vor dem Theilungs-

Digitized by Google

kommiſſär erſchienen, ob Erſtere in Gegenwart der Zeugen ihren Willen erklärt hat, ob derſelbe in Gegenwart der Zeugen niedergeſchrieben, wieder vorgeleſen und beſtätigt wurde." — Die äuſſern Förmlichkeiten der Urkunde betreffen (alſo Punkte, über welche das Beurkundungsrecht dem Staatsſchreiber zuſteht,) die desfallſigen in der Urkunde erwähnten Vorgänge, die durch die Urkunde ſelbſt als erwieſen erachtet werden, ohne daß der zur Widerlegung angetretene Zeugenbeweis (das einzige kläger'ſche Beweismittel) zuläſſig wäre.

Am wenigſten könnte dieſer Beweis, wie klägerſcher Seits verſucht werden will, dadurch hergeſtellt werden, daß die Inſtruments-Zeugen abgehört werden und aus ihrer, etwa dem, von ihnen in der Urkunde ſelbſt Bezeugten, widerſprechenden Depoſition die Falſchheit des Inhalts der Urkunde abgeleitet werden.

Dieſe Zeugen haben nämlich in der Urkunde einen vor ihren Augen geſchehenen Vorgang, alſo eine eigene, und zwar im vorliegenden Falle eine ganz gewöhnliche Sinnenwahrnehmung, beſtätigt. Sagen ſie bei ihrer ſpätern Vernehmung etwas Anderes aus, als ſie in der Urkunde beglaubigt hatten, ſo iſt immer ſo viel gewiß, daß ſie in einem der beiden Fälle die Wahrheit verlegt haben, ungewiß bleibt es aber, ob die erſte oder die zweite Erklärung die Unwahre ſei. Ihr Zeugniß iſt daher nach §. 509 Abſ. 5 der Prozeßordnung mindeſtens ein ſehr Verdächtiges und es würde dieſe nach den §§. 514, 518, 519 der Prozeßordnung ſchon ex officio zu beachtende Verdächtigkeit vor den Augen des Richters nur dann verſchwinden können, wenn ſonſtige Beweiſe dafür beizubringen geweſen wären, daß in der betreffenden Urkunde eine wahrheitswidrige Beurkundung aufgenommen wurde, ohne daß die Inſtruments-Zeugen abſichtlich zur Vollführung einer Täuſchung mitgewirkt haben.

Kirn.

II.

Welche Klaſſe von Staatsdienſten berechtigt nach der Civildienerpragmatik vom 30. Jänner 1819 zu dem Anſpruch auf Penſion?

Dieſe Frage iſt in den Entſcheidungsgründen zu einem oberhofgerichtlichen Urtheile vom 9. Auguſt 1838 Nro. 3219 II. Sen. in folgender Weiſe beantwortet:

„Der im Jahr 1832 in Penſionsſtand geſetzte Kläger, deſſen Ruhegehalt nach einer Dienſtzeit von 21 Jahren, nämlich von ſeiner unterm 12. April 1810 erfolgten Ernennung zum Forſtmeiſter an, bemeſſen wurde, begehrt, daß der Berechnung ſeines Ruhegehalts eine Dienſtzeit von 24 Jahren zum Grunde gelegt, darnach die Penſion erhöht, und für die Vergangenheit und Zukunft entrichtet werde.

Als thatſächlicher Grund für dieſes Begehren iſt in der Klage angeführt:

a) Daß Kläger durch Signatur*) ſchon am 23. Jänner 1808, als beim Oberforſtamt N. angeſtellte Actuar, in den Staatsdienſt getreten, und

b) Daß er von jener Zeit an in die Wittwenkaſſe aufgenommen worden ſei und auch ſeinen Beitrag bezahlt habe.

Es fragt ſich nun vor Allem, ob nach den Geſetzen das Klagbegehren aus dieſen beiden Thatſachen, deren Wahrheit vorausgeſetzt, als eine rechtliche Folge ſich darſtelle.

Zur Zeit des fraglichen Eintritts in den Staatsdienſt, im Jahr 1808, gab es im Großherzogthum Baden noch kein Geſetz, welches den Staatsdienern für den Fall, daß ihre Dienſte dem Staat überflüſſig oder daß ſie zur ferneren Verwaltung des Dienſtes unfähig werden, den Anſpruch auf einen Ruhegehalt zugeſichert hätte. Im Gegentheil verfügten die §§. 157 und 217 der Hofraths-Inſtruktion vom 28. Juli 1794, welche das allein maasgebende Geſetz in Beziehung auf das Verhältniß zwiſchen dem Staat und den Staatsdienern war, daß alle Staatsdienſte wechſelſeitig — ohne Abgab weiteren Urſachen — vierteljährig aufkündbar ſeien.

Das Edict vom 25. April 1809 (Regierungsblatt Nro. 17.) über die grundgeſetzliche Verfaſſung des dienerſchaftlichen Standes, welches unter Anderm auch die Fälle der Penſionirung und die Anſprüche auf Ruhegehalt beſtimmte, wurde durch ein alsbald nachgefolgtes Geſetz vom 14. November 1809 (Regierungsblatt Nro 47.) wieder aufgehoben, und zugleich ausgeſprochen, daß — bis über die Verfaſſung des dienerſchaftlichen Standes eine andere pragmatiſche Sanction vom Regenten genehmigt ſein werde — diejenigen Verhältniſſe zwiſchen dem Regenten und den Dienern wieder eintreten ſollen, welche vor der Verkündung jenes Edicts, insbeſondere ſoviel die wechſelſeitige Dienſtaufkündigungsbefugniß, betreffe, nach den §§. 157 und 217 der Hofraths-Inſtruktion beſtanden haben.

Nach dieſem Stande der Geſetzgebung über die Rechtsverhältniſſe der Staatsdiener, der bis zum Jahr 1819

*) Die Signatur lautet ſo:

Wir Karl Friedrich von Gottes Gnaden Großherzog zu Baden, Herzog zu Zähringen,

haben uns gnädigſt bewogen gefunden, den bei dem Oberforſtamt St. als Actuar angeſtellten Forſtkandidaten v. H. vom 23. Januar d. J. an einen jährlichen Gehalt von dreihundert Gulden in Geld, achtzehn Malter Haber, ſechs und dreißig Centner Heu und einhundert Bund Stroh, auszuwerfen, worüber demſelben gegenwärtige, mit dem größeren Generalforſtkommiſſionsinſiegel verſehene Signatur zugefertigt wird.

Karlsruhe den 24. Dezember 1808.

(L. S.) Frhr. von Dalberg

vdt. von Kettner.

vdt. Thill.

Digitized by Google

fortdauerte, wäre offenbar für den Kläger ein Anspruch auf Pension überhaupt nicht, viel weniger auf eine Erhöhung derselben, begründet.

Die Dienerpragmatik vom 30. Jänner 1819, auf welche allein das Recht des Klägers auf Ruhegehalt gestützt werden kann, ist kein allgemeines, d. h., kein die Rechtsverhältnisse aller Staatsdiener im weiteren Sinne des Worts festsetzendes Gesetz. Sie regelt nur die Rechtsverhältnisse der höhern Civilstaatsdiener bis zu den bei Mittelstellen angestellten Kanzlisten abwärts und mit Einschluß dieser Letzteren. Alle ihre Bestimmungen mit Inbegriff jener über die Ruhegehalte berühren die Diener der geringern Klasse gar nicht, für welch' letztere in Beziehung auf Ruhegehalte vielmehr durch ein besonderes Gesetz vom 28. August 1835 (Regierungsblatt Nr. 39 Seite 248 ff.) in der Art fürgesorgt wurde, daß, wenn sie wegen Untauglichkeit oder aus andern Gründen ohne ihr Verschulden ausser Dienstthätigkeit treten, ihnen ein jährlicher Ruhegehalt auf die Staatskasse angewiesen werden kann, daß ihnen jedoch ein Rechtsanspruch auf solchen Ruhegehalt nicht zusteht.

Dagegen gewährt die Pragmatik vom 30. Jänner 1819 allerdings den höhern oder den Civil-Staatsdienern in der engern Bedeutung des Worts einen wirklichen Rechtsanspruch auf einen Ruhegehalt, dessen Größe nach dem zur Zeit der Pensionirung bezogene Gehalt und nach der Zahl der Dienstjahre sich richtet.

Wenn nun der §. 4 dieser nur für die höheren Staatsdiener gegebenen Pragmatik besagt:

„Die Dienstjahre werden nach dem Anfangstermine, der in dem Anstellungs-Patent oder in dem statt des Patents dienenden Protocollauszug ausgedrückt ist, oder, wenn kein Anfangstermin ausdrücklich bestimmt ist, nach dem Datum des Patents oder des Protokollauszugs berechnet,"

so ist hier offenbar nur dasjenige Anstellungspatent oder derjenige Protokollsauszug als maasgebend gemeint, wodurch die Aufnahme in den höhern oder eigentlichen Civilstaatsdienst erfolgte, der den eventuellen Anspruch auf Ruhegehalt begründete; und nur jene Dienstjahre sind bei der Berechnung der Pension zu zählen, welche in einer zum Pensionsanspruch berechtigenden Dienstkategorie zurückgelegt wurden.

Hiernach genügen die der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen der im Jahr 1808 mittelst Signatur erfolgten Anstellung des Klägers als Forstamtsactuar, und der Aufnahme in die Wittwenkasse, zur Rechtfertigung des Klagbegehrens noch keineswegs, sondern es wäre dazu weiter erforderlich, daß die fragliche Actuarsstelle in die Klasse der höhern, durch die Pragmatik begünstigten Staatsdienste gehört habe, d. h., mindestens einer Kanzlistenstelle bei einer Mittelbehörde organisationsmäßig gleichgestanden sei, — eine Behauptung, die in der Klage nicht geltend gemacht ist, und die sich auch aus keinem Organisationsgesetze rechtfertigen ließe.

Aus diesen Gründen wurde das hofgerichtliche Urtheil bestätigt, und der Kläger, Appellant in Gemäßheit des §. 169 der Prozeßordnung auch in die Kosten dieser Instanz verfällt."

v. Stockhorn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos

Im Verlage von C. W. Leske in Darmstadt ist erschienen:

Die Fortschritte
des
Pönitentiarsystems in Frankreich
dargestellt
durch Uebersetzung des motivirten Entwurfs eines Gesetzes der französischen Staatsregierung vom 9. Mai 1840 und des darauf an die Deputirtenkammer erstatteten Commissionsberichts vom 20. Juni 1840;
mit Vorwort und Anmerkungen
von
Fr. Noellner,
Großh. Hess. Criminalrichter zu Gießen.

8. geh. 5/6 Thlr. oder 1 fl. 36 kr.

Das Gefängnißwesen, welches schon seit Decennien die Aufmerksamkeit aller Staatsregierungen auf sich lenkte, hat durch die Ausbildung des s. g. Pönitentiarsystems Fortschritte gemacht, welche dasselbe seiner Vollendung nahe gebracht haben. Vorzüglich verdienen die in dem oben angezeigten Werke enthaltenen Aussprüche, sowie die darin bezeichneten Maaßregeln, für Deutschland als Muster aufgestellt zu werden. Der Herr Herausgeber hat dasselbe nicht blos mit Anmerkungen versehen, welche die Ergebnisse der Literatur und neuesten Erfahrungen vorzüglich in Bezug auf Deutschland hervorheben, sondern auch in einem größeren Vorworte das Princip, von welchem jenes System zu betrachten ist, festgestellt und die neuesten deutschen Strafgesetzgebungen damit in Vergleichung gebracht.

Vorräthig bei A. Bielefeld in Karlsruhe.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt das 3te und 4te Quartal des neunten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 30 kr. Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal oder Januar bis Juni für's Jahr 1842, auf's Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herrn Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, ob sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

N^ro 1. Karlsruhe den 9. Januar 1840.

1) Sirey I. p. 638.

Die Frau Revel ergriff gegen ein Erkenntniß der 1sten Instanz die Appellation, und als ihr die Gegner den Mangel der ehemännlichen Ermächtigung zur Appellation entgegen hielten, erwiderte sie, sie bedürfe einer solchen neuen Ermächtigung nicht, da ihr Ehemann in 1ster Instanz ihr beigestanden habe. Der Gerichtshof erklärte aber auf den Grund des S. 215 die von ihr ergriffene Appellation als unstatthaft, und das angefochtene Urtheil als rechtskräftig. Dieses Erkenntniß des Appellationshofes wurde vom Kassationshof aufgehoben, weil damit die eingeführte Appellation wegen Mangels der ehemännlichen Ermächtigung als nichtig erklärt sey, während eine solche Ungültigkeit nach S. 225 nur von der Frau oder dem Manne oder deren Erben, nicht aber von Dritten geltend gemacht werden könne. Der Appellationshof hätte daher seine Entscheidung bis zu Beibringung der ehemännlichen Ermächtigung aussetzen, oder der Appellantin die gerichtliche Ermächtigung selbst ertheilen sollen.

2) Sirey 1838 I. p. 638—640.

Ein Fuhrmann ließ für Verpflegung, die er und seine Geschäftsleute in einem Wirthshaus erhielt, eine Wirthsrechnung von 432 Fr. auflaufen, und als er dann auf Zahlung belangt wurde, schützte er die Einrede der 6monatlichen Verjährung (S. 2271) vor, wogegen der Wirth erwiderte, daß dem Beklagten, da sein Gewerbe unter die Handelsgeschäfte gehöre, die Verjährung des S. 2271 nicht zu statten komme, wie auch im S. 2272 die einjährige Verjährung der Waarenforderungen von Handelsleuten nur gegenüber den nicht Handeltreibenden Personen stattfinde. Das Handelsgericht verwarf hiernach die Einrede der Verjährung, der Kassationshof hob aber das Erkenntniß auf, da der S. 2271 Abs. 2 unbedingt Kostgeldforderungen der Wirthe (also auch gegenüber den Handelsleuten) der 6monatlichen Verjährung unterwerfe.

3) Sirey 1838 I. p. 646—648.

Die 10jährige Verjährung des S. 1304 kann denjenigen nicht entgegengehalten werden, welche bei dem Rechtsgeschäft, welches vernichtet oder umgestoßen werden soll, nicht Parthei waren.

4) Sirey 1838. I. p. 673.

Soll Derjenige, der den Gläubiger eines Andern bezahlt, nach S. 1250 Nr. 1 in die Rechte des Gläubigers eintreten, so hat ihn der Letztere zugleich bei Empfang der Zahlung in diese Rechte einzuweisen. Ein Vorbehalt in der Quittung, daß ein Unbenannter, von dem das Geld beigeschossen sey, noch eingewiesen werden soll, genügt nicht, um diese Einweisung hintennach (wenn nämlich die Schuld durch die Zahlung schon getilgt ist) durch Bezeichnung desjenigen, der eintreten soll, noch zu bewirken.

5) Sirey 1838 I. p. 691—695.

S. Lary, der mit Gleiz und Raffin in einer Verbindung auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust stand, und von ihnen in Folge dessen 110 Ballen Mehl zum Verkauf erhalten hatte, gerieth in Gant. Den Gesellschaftern Gleiz und Raffin, welche das noch im Stück vorfindliche Mehl zurückforderten, wurde dasselbe auf den Grund des art. 581 des code de com. (Bad. A.S. 245) zuerkannt, indem durch die Ablieferung des Mehls an S. Lary, der seinen Antheil daran nicht zahlte, zum Verkauf auf gemeinschaftliche Rechnung Gleiz und Raffin ihr alleiniges Eigenthum daran nicht verloren haben.

Aus dem nämlichen Grunde verwarf der Kassationshof am 7. August 1838 die dagegen ergriffene Kassation.

6) Sirey 1837 II. 25. 1838 I. 695—701.

E. Martin reklamirte gegen Frau de Ferand als Testam.-Erbin der Frau de Canferan seinen Stand als uneheliches

Digitized by Google

Kind der letztern, und damit einen Antheil am Nachlasse derselben. Im Jahr 1817 schloß er hierauf mit Frau de Ferand einen Vergleich, wornach er gegen 10,000 Fr. auf seine Reklamation verzichtete. Im Jahr 1834 wiederholte er seine Reklamation mittelst einer Klage. Er wurde wegen des Vergleichs von 1817 mit seiner Reklamation abgewiesen, aber der Kassationshof kassirte den 12. Juni 1838 das abweisende Urtheil, weil der Stand (das natürliche und gesetzliche Verhältniß des Kindes zu seinen Erzeugern) das Werk der Natur und des Gesetzes und nicht das Produkt des Willens der Partheien, also nicht im Verkehre des Inhabers sey und ein Vergleich daeüber nach S. 1128 und 2045 nicht stattfinde.

Dee Einrede, daß die Klage auf Vernichtung oder Umstoßung des Vergleichs von 1817 nach S. 1304 verjährt sey, wurde vom Kassationshof durch den S. 338 beseitigt.

7) Sirey 1838 I. 701—704.

Alexander Coulon erbte mit seinen 4 Geschwistern den väterlichen Nachlaß, worin sich ein großes Gut Blemur befand. Ee starb vor der Theilung, worauf sein Sohn Ludwig, der an ihn große Summen mit gesetzlichem Unterpfandsrecht zu fordern hatte, mit den 4 Miterben, welche das Gut Blemur um 190,300 Fr. versteigerten, sich dahin verglich, daß ihm zur Befriedigung für seine hypothekarischen Rechte an dem liegenschaftlichen Erbtheil seines Vaters $^3/_5$ vom Kaufschilling des Guts zugewiesen werde. Es erhob sich nun ein Streit zwischen Ludwig Coulon und anderen Gläubigern seines Vaters, welche behaupteten, $^1/_5$ der des Kaufschillings sey ein bewegliches Gut, und nach S. 883 werde jedee Eebe so angesehen, als wäre ihm das, was er aus der Masse erhält, hier also ein bewegliches Gut unmittelbar zugefallen, wornach der Sohn Ludwig darauf kein Unterpfandeecht haben könne.

Der Appellationshof erkannte in diesem Sinne zu Gunsten der Mitgläubiger, der Kassationshof kassirte aber das Erkenntniß am 13. August 1838 deswegen, weil der S. 883 nur auf diejenigen Akte anwendbar sey, wodurch die Gemeinschaft unter allen Erben aufgehoben werde, und jedem statt seines idealen Antheils an Immobilien und Mobilien ein bestimmtes Loos von Gegenständen zugewiesen werde, was hier nicht geschehen sey.

8) Sirey 1838 I. 705.

Testament der Brossardschen Ehefrau:

„Ich schenke und vermache meinem Ehegatten meinen gesammten Nachlaß unter folgenden Bedingungen und Belassungen:

1) daß er sich nicht wieder verheirathe, denn sonst wird mein Testament ungiltig, und all' mein Vermögen gehört den Armen zur Gründung einee Armenanstalt,

2) daß nach ihm mein Vermögen dazu dienen soll, ein Armenhaus zu A. zu errichten.

Anfechtung des Testaments, weil es eine verbotene Aftererbeinsetzung enthalte.

Der Appellationshof verwarf die Umstoßungsklage und der Kassationshof die hiegegen ergriffene Kassation, weil angenommen wurde, es sey dem Ehemann nur die Nutznießung und dem Armenhaus das Eigenthum veemacht, dem Erstern jedenfalls nicht auferlegt, das Vermögen aufzubewahren und einem Dritten zu überliefern. S. 896.

9) Sirey 1838 I. 719.

Dee Kassationshof nahm an, daß das Eigenthum eines Schieferbruchs (überhaupt eines Baues unter der Erde) nicht auch die Vermuthung für das Eigenthum an der Oberfläche begründe. S. 553.

10) Sirey 1838 I. 721—724.

A. Compan machte der M. Chamboft eine belastete Schenkung. Die Erbin der Letztern traf alsdann 1827 mit Compan unter Zustimmung von dessen Kindern ein Uebereinkommen, wodurch sie eine größere Belastung der Schenkung übernahm, Compans Kinder aber die Schenkung genehmigten, und sie nie anfechten zu wollen erklärten. Nach Compans Tod klagten die Kinder aber dennoch auf Minderung der Schenkung wegen Pflichttheilsverletzung.

Im Urtheil des Kassationshofs vom 27. Juni 1838 ist ausgesprochen, daß der Verzicht der Kindee von 1827 auf die eventuellen Erbrechte derselben Bezug habe, und daher eine verbotene Stipulation über eine künftige Eebschaft sey, welcher der Epellationshof, dee nach dem Klagbegehren erkannte, mit Recht alle Wirkung versagt habe. S. 791 und 1133.

11) Sirey 1838 I. p. 747—750.

Eine Berechtigung zum Bezug von Bauholz wurde länger als 30 Jahre nicht mehr ausgeübt. Es wuede daher der Klage, womit die Berechtigung geltend gemacht war, die Einrede dee Verjährung entgegengehalten. Der Kläger hielt die Bestimmung des S. 2257 entgegen, indem in der fraglichen Periode kein Bedürfniß zum Bau vorhanden gewesen, also die Bedingung der Holzforderung nicht eingetreten und eben deswegen auch die Verjährung nicht gelaufen sey. Der Kläger wurde aber auf den Grund der Verjährung abgewiesen, und auch sein Kassationsgesuch verworfen, da der Kassationshof für eine Holzberechtigung als für eine unständige Dienstbarkeit die S. 706 und 707 füe maßgebend, und den S. 2257 für unanwendbar erklärte,

Digitized by Google

12) Sirey 1838 I. p. 756.

Der Besitzer eines herrschenden Grundstücks forderte Entschädigung von dem Besitzer des dienenden Guts, weil auf dem Letztern dem §. 701 zuwider eine Veränderung getroffen worden sey, welche die Ausübung der Dienstbarkeit unmöglich mache. Der Besitzer des dienenden Guts wendete unter Anderm ein, daß die Veränderung schon von dem früheren Eigenthümer des dienenden Guts, dem er dasselbe abgekauft habe, getroffen worden sey. Der Beklagte wurde zur Entschädigung verurtheilt, und sein Kassationsgesuch verworfen, weil der Kassationshof annahm, der Schaden bestehe fort, und die Dienstbarkeit sey ein dingliches Recht, der Kläger könne sich daher nur an den Besitzer des dienenden Guts halten.

13) Sirey 1838 I. p. 770—772.

Die Wittwe Dary forderte auf den Grund des S. 1570 Abs. 2 an die Masse ihres verstorbenen Mannes 1600 Fr. für Verpflegung, Wohnung und Kleidung während des Trauerjahrs mit gesetzlichem Pfandrecht vom Tage der Eingehung der Ehe an. Ein anderer Gläubiger bestritt, daß diese Forderung unter diejenigen gehöre, für welche der S. 2135 der Ehefrau ein Pfandrecht zukomme. Dieses Pfandrecht wurde ihr gleichwohl zuerkannt und die dagegen ergriffene Kassation verworfen, weil die Zinse der Ehesteuer oder die nach S. 1570 sie vertretende Unterhaltsforderung während des Trauerjahres unter die auf den Ehevertrag beruhenden eheweiblichen Forderungen gehören, der S. 2135 also auf sie Anwendung finde.

14) Sirey 1838 I. p. 790—791.

Ein Gut lag im Streite zwischen Sapienny und den 6 Erben der Frau Delaefeur. Sapienny cedirte sein bestrittenes Recht an St. Georges, gegen welchen sofort 5 von den Erben der Delaefeur das im S. 1699 bezeichnete Recht ausübten und das an St. Georges cedirte strittige Recht um den Cessionspreis an sich zogen. Der 6te Erbe wollte hernach ebenfalls Theil nehmen und gegen Ausfolgung des 6ten Theils des Guts den Miterben den 6ten Theil des bezahlten Preises vergüten. Die 5 Miterben weigerten sich, ihn Theil nehmen zu lassen, da sie nur für sich das Recht des S. 1699 ausgeübt haben, gegen sie aber dieses Recht nach S. 1701 Nr. 1 dem Miterben nicht zustehe. Sie wurden aber verurtheilt, den 6ten Erben Theil nehmen zu lassen, und der Kassationshof verwarf ihre Beschwerde, weil jeder Erbe Gewalthaber seiner Miterben sey, die durch 5 Miterben begehrte Subrogation also auch dem 6ten zu gut komme.

15) Sirey 1838 I. p. 794 und 795.

Der Umstand, daß das einem Ufergrundstück angeschwemmte und mit demselben gewöhnlich verbundene Land von demselben zu gewissen Jahreszeiten durch ein kleines Gräbchen Wasser wieder getrennt wird, steht dem durch den S. 556 begründeten Eigenthumsrecht des Uferbesitzers nicht entgegen.

16) Sirey 1838 I. p. 818 und 819.

Das Daseyn von Lichtöffnungen in einer Mauer kann, wenn diese Oeffnungen gleich länger als 30 Jahr bestanden haben, für sich allein kein Aussichtsrecht auf das Nachbargut begründen, und das Recht des Nachbarn, nach S. 661 gegen Zahlung der Hälfte des Werths das Miteigenthum an der Mauer zu erwerben, um daran ein Gebäude zu errichten, nicht ausschließen.

17) Sirey 1838 I. p. 831—834.

Léonard Fédas hatte verschiedene Streitigkeiten mit seinem Vater. Einer von den Streitpunkten betraf das mütterliche Erbe des L. Fédas. Zur Niederschlagung aller Streitigkeiten ernannten Vater und Sohn drei Schiedsrichter, welche über alle Streitpunkte einen gütlichen Spruch thun sollten, an welchen sich die Betheiligten ohne Zulassung eines Rechtsmittels halten zu wollen erklärten. Auf Anhörung der Betheiligten erließen die Schiedsrichter den Spruch, welcher auch vollzogen, nach des Vaters Tod aber vom Sohne auf den Grund der S. 887 und 888 wegen Verkürzung um mehr als 1/4 angefochten wurde. Die Klage wurde jedoch vom Appellationshof abgewiesen, und das Kassationsgesuch vom Kassationshof verworfen, indem zwar eine Erbschaftsauseinandersetzung, welche zur Beseitigung von Streitigkeiten durch Schiedsrichter festgesetzt werde, gleich anderen Vergleichen über Erbtheilungen nach S. 888 der Umstoßung wegen Verkürzung unterliege, dieß aber auf Fälle, wo die Schiedsrichter über bereits erhobene Theilungsstreitigkeiten entschieden, keine Anwendung finde, und das Erkenntniß der Letztern gleich dem Erkenntniß der ordentlichen Gerichte als der Rechtskraft empfänglich der Anfechtung wegen Verkürzung, wie blos konventionelle Theilungen nicht unterliegen könne.

18) Sirey 1838 I. p. 842 und 843.

Das im S. 644 dem Grundbesitzer zugestandene Recht, sich des Wassers, welches an seinem Eigenthum vorbeifließt, zu dessen Bewässerung zu bedienen, oder das sein Eigenthum durchströmende Wasser daselbst auf jede Art zu benützen, findet nur Anwendung, wo nicht entgegenstehende Rechtstitel etwas Anderes verfügen.

Digitized by Google

19) Sirey 1838 I. p. 849 und 850.

Beaulieu schenkte seinen zwei Söhnen eine Mühle mit der Auflage, ihm dagegen eine Leibrente zu bezahlen und einige andere Lasten zu übernehmen. Gläubiger der Söhne bewirkten eine Zwangsversteigerung der Mühle, worauf der Vater nach S. 953 wegen nicht erfüllter Auflagen die Schenkung widerrief und deshalb Klage erhob. Die intervenirenden Gläubiger trugen darauf an, daß das, was der Vater zu fordern habe, aus dem Erlöse sogleich bezahlt und dadurch die Widerrufsklage beseitigt werde, indem der Richter statt augenblicklicher Auflösung wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit nach S. 1184 Abs. 3 nach Umständen noch eine Frist zum Vollzuge bewilligen könne. Es ward dem Antrag der Gläubiger stattgegeben und das dagegen von Beaulieu eingereichte Kassationsgesuch verworfen.

20) Sirey 1838 I. p. 854—857.

Rignoux lebte mehrere Jahre von seiner Frau getrennt, ohne daß jedoch die Ehe aufgelöst war. Während dieser Zeit gebar seine Frau ein Kind, und verheimlichte ihm die Geburt desselben. Als er Notiz davon erhielt, schrieb er ihr am 7. Jänner 1830, sie soll sich über die Geburt des Kindes erklären, und bejahendenfalls ihm anzeigen, wann es geboren sey, und wo es sich befinde ꝛc. Im Jahr 1832 starb Rignoux, worauf seine Erben eine Verläugnungsklage einrichten. Es wurde entgegnet, sie sey nach S. 316 nicht mehr zulässig, weil der Ehemann nach dem Briefe vom 7. Jänner 1830 schon damals die Entdeckung gemacht habe, daß seine Frau heimlich geboren habe. Der Appellationshof in Bordeaux verwarf aber diese Einrede, weil der Ehemann nach dem Briefe vom 7. Jänner 1830 von der heimlichen Geburt eines Kindes keine Gewißheit, sondern nur eine Vermuthung gehabt habe. Das dagegen angebrachte Kassationsgesuch wurde zurückgewiesen.

21) Sirey 1838 I. p. 869—871.

Obschon das auf einem unbeweglichen Gute haftende Unterpfandsrecht auch die zur Bewirthschaftung desselben dahin gebrachten, ihrer Natur nach beweglichen, nach S. 524 aber ihrer Bestimmung nach unbeweglichen Sachen umfaßt, so kann dasselbe auf diese Sachen doch nicht mehr geltend gemacht werden, sobald der Eigenthümer dieselben verkauft, und auf eine der im S. 1606 bezeichneten Arten dem Käufer übergeben hat.

22) Sirey 1838 I. p. 915—950.

So wie nach S. 783 ein Volljähriger seine Eebantretung, wenn sie Folge eines gegen ihn gespielten Betrugs war, umstoßen kann, eben so kann es nach S. 1305 auch der Minderjährige und zwar ohne den Beweis eines Betrugs schon wegen bloßer Verkürzung.

Das, was der Erbe auf die Erbantretung hin bezahlt hat, kann er im Falle der Umstoßung nach S. 1377 als ungebührlich bezahlt zurückfordern, wenn gleich der Empfänger am Betruge keinen Theil hatte.

23) Sirey 1838 I. p. 951—953.

Der Mehrwerth, der durch Verwendungen entstanden ist, welche der 3te Besitzer eines Unterpfandguts auf dieses machte, und wofür er bei Rückgabe des Guts nach S. 2175 Ersatz fordern kann, wird bemessen nach der Differenz des Werths, den das Gut zur Zeit der Rückgabe wirklich hat, und desjenigen Werths, den es zur nämlichen Zeit haben würde, wenn die Verwendungen nicht gemacht worden wären.

24) Sirey 1838 I. p. 963—965.

Die Eheleute Passié lebten in bewidmeter Ehe. Im Ehevertrag sind alle Güter der Frau als ehesteuerlich erklärt, mit dem Beisatz, daß diese Güter gegen die Anschaffung Anderer veräußert werden dürfen, und daß der Frau für alle Ersatzansprüche das gesetzliche Unterpfandsrecht zukomme. Die Eheleute verkauften ein Ehesteuergut der Frau, ohne es wieder anzulegen, weshalb die Ehefrau bei der spätern Vergantung des Mannes den Ersatz des Preises, um welchen das Gut verkauft wurde, mit Pfandrecht forderte. Sie wurde in 1ster und 2ter Instanz damit abgewiesen, da die Frau das Gut, welches ohne Einhaltung der im Ehevertrag festgesetzten Bedingung der Wiederanlegung veräußert worden sey, nach S. 1560 wieder vindiziren könne, ihr aber das im Ehevertrag erwähnte gesetzliche Unterpfandsrecht in Bezug auf ihre unveräußerlichen Güter nicht zustehen könne. Der Kassationshof hob das Urtheil auf, weil der Frau neben dem Recht der Vindikation (S. 1560) nach den S. 2121 und 2135 auch ein gesetzliches Unterpfandsrecht zustehe, und zwar für ihr Heirathsgut und für alles, was sie nach dem Ehevertrag zu fordern hat, ohne Unterschied ob sie in einer bewidmeten Ehe oder in einer Gemeinschaftsehe lebe.

25) Sirey I. p. 968—970.

Selbst diejenigen Zinsrückstände, welche erst während des Prozesses über die Hauptforderung verfallen, werden nach S. 1154 dadurch, daß der Kläger während dem Prozesse sie besonders einklagt, von dieser weitern Klage an wieder selbst tragend. Die Hauptforderung wird nämlich nicht erst von der Zeit an, wo darüber rechtskräftig erkannt ist, existent, das Urtheil gibt der Forderung nicht erst die Entstehung, sondern setzt vielmehr in Gewißheit, daß sie zur Zeit der Klage schon vorhanden war. Darnach werden die Zinsen von der bestrittenen Forderung allerdings schon während dem Prozesse fällig, wenn gleich das Urtheil erst konstatirt, daß die Forderung damals schon vorhanden war und die Zinse davon damals schon fällig wurden.

D. Red.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 2. Karlsruhe den 20. Januar 1840.

Sirey. 1838. tom. II.

1) Art. 1384.

Wenn ein Arbeiter einen Mitarbeiter desselben Meisters beschädiget, so ist der Satz 1384 gegen den Meister zu Gunsten des Beschädigten nicht anwendbar, weil dieser durch den Lohn, den er sich für die bestimmte Art des Geschäfts zahlen läßt, auch die Gefahren dieses Geschäfts übernommen hat, (pag. 70).

2) Art. 549, 550.

Wer ein Grundstück kauft, von dem er weiß, daß es einem Minderjährigen gehört, kann, wenn die gesetzlichen Förmlichkeiten nicht eingehalten worden sind, nicht als endlicher Besitzer und folgeweise als Eigenthümer der Früchte angesehen werden, weil er wissen und sich davon überzeugen muß, ob jene Förmlichkeiten beobachtet worden sind oder nicht *). (pag. 75).

3) Art. 1625.

Der Verkäufer eines Geschäftshauses (fonds de commerce), z. B. eines Kaffeehauses, darf in der Nähe desselben kein anderes gleiches Geschäft errichten, wenn er sich dieses nicht ausdrücklich vorbehalten hat, weil die Kundschaft im Zweifel als mitverkauft gilt, und die Errichtung eines gleichen Geschäfts in der Nähe der Vorschrift des Satzes 1625 entgegen ist. (p. 35).

(Vielleicht noch eher den Satz 1135.)

4) Art. 1166.

Die aus der Minderjährigkeit fließenden Umstoßungsklagen sind keine höchstpersönlichen Rechte des Minderjährigen, sondern sie können auch von seinen Gläubigern geltend gemacht werden, denn nur diejenigen Rechte stehen einer Person ausschließlich zu, welche weder auf die Erben übergehen, noch sonst veräußert werden können, z. B. Nutzungs- und Wohnungsrechte (l. 196 D. de reg. juris).

*) Mit andern Worten error juris nocet auch in Ansehung des guten Glaubens und Ueberzeugung des Besitzers ist unnöthig. Blätter für Justiz V. H. S. 379.

Da nun aber jene Klagen auf die Erben übergehen, so stehen sie auch den Gläubigern im Fall des Satzes 1166 zu. (p. 110.)

5) Art. 1304.

Die Verjährung der Umstoßungsklagen findet keine Anwendung auf den Fall, wo der Vertrag noch nicht erfüllt ist. Es kann vielmehr der Nichtigkeitsgrund stets als Einrede gegen Denjenigen geltend gemacht werden, welcher die Erfüllung des Vertrags begehrt, weil vorher gar keine Veranlassung zur Umstoßungsklage vorhanden ist. (p. 110.)

Anmerkung. Diese Frage wird in Frankreich bald in diesem, bald im entgegengesetzten Sinn entschieden. (Vrgl. Beiblätter von 1840. S. 60.) Die hier angeführte Entscheidung dürfte als die richtige erscheinen, weil

1) jede persönliche Klage die Erfüllung einer Verbindlichkeit zum Gegenstande haben muß, und die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Geschäfts an und für sich keine Verbindlichkeit, sondern nur ein Grund für eine Verbindlichkeit, also nicht Hauptgegenstand des Klagbegehrens, sondern nur ein Mittel zu diesem Zwecke seyn kann, weil

2) gegen Denjenigen, der nicht klagen kann, auch keine Verjährung läuft.

Wer ein der Umstoßung unterworfenes Geschäft noch nicht erfüllt hat, kann demnach gar nicht klagen, sondern erst mit der Erfüllung wird actio nata, sofern die Erfüllung nicht eine Bestätigung, resp. Verzicht involvirt (Art. 1338). Er kann deßhalb vorher die Klage ebensowenig als die Einrede verlieren.

6) Art. 483, 484.

Die von einem gewaltsentlassenen Minderjährigen ohne Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten gemachten Anlehen sind absolut nichtig, und der Abs. 2 des Art. 484 ist auf sie nicht anwendbar, denn er bezieht sich nur auf die in Abs. 1 dem Minderjährigen gestatteten, als Verwaltungshandlungen zu betrachtenden Verträge. (p. 489.)

Anmerkung. Anders hat diese Frage der III. Senat

Digitized by Google

des unterrheinischen Hofgerichts entschieden. (Annalen 1840. S. 113.

7) Art. 644, 645.

Der Art. 644 verfügt zwar, daß Derjenige, dessen Grund ein Wasser durchströmt, solches auf jede Art benützen könne, allein es ist darunter kein ganz willkührlicher Gebrauch verstanden. Er darf namentlich den gewöhnlichen Lauf des Wassers nicht hemmen und unterbrechen, z. B. zum Betrieb eines Hammerwerks, damit die untern Eigenthümer in dem Gebrauche nicht gestört werden, den ihnen der natürliche Lauf des Wassers gewährt. (p. 30)

8) Art. 1599, 2124, 2125.

Das von einem Nichteigenthümer bestellte Unterpfand wird gültig, wenn derselbe das Eigenthum später erwirbt, und kann daher von dem Inhaber eines nach dem Erwerb errichteten Unterpfandes nicht bestritten werden, denn wenn auch die Sätze 1599, 2124 — von demselben Prinzipe ausgehend — verfügen, daß die Veräußerung oder Belastung fremder Sachen ungültig sei, so folgt daraus doch keineswegs, daß ein solcher Vertrag nicht unter gewissen Umständen gültig werden kann, und es schlägt hier namentlich die Regel an: confirmato jure dantis confirmatur jus accipientis. (p. 167.)

Dieser Grundsatz ist aber nach einer Entscheidung des Gerichtshofes zu Bordeaux doch nicht anwendbar auf den Fall, wo ein Miterbe vor der Theilung ein pro indiviso gemeinschaftliches Gut verpfändet, solches nachher durch Versteigerung einem andern Erben zufällt, und erst durch einen späteren Erwerb in das Eigenthum des Verpfänders kommt, weil hier nicht eine fremde Sache verpfändet wurde, sondern der Verpfänder Miteigenthümer war, als die Verpfändung vorgenommen wurde, weil ferner ebendeßhalb der Satz 2125 und nicht der Satz 2124 anschlägt, und weil dadurch, daß ein anderer Erbe durch die Theilung mit der Wirkung Eigenthümer wurde, als ob er das Eigenthum unmittelbar vom Erblasser erworben, und als ob ein anderer Erbe niemals Eigenthumsrechte daran gehabt hätte, das Unterpfand als erloschen zu betrachten ist, und durch den späteren Erwerb des Verpfänders nicht wieder aufleben konnte. (p. 502.)

Anmerkung. Diese letztere Entscheidung dürfte nur in so fern richtig seyn, als die Verpfändung unter der Bedingung geschah, daß der Verpfänder durch die Theilung Eigenthümer wird. Hat er aber als wirklicher Eigenthümer unbedingt verpfändet, so möchte überall kein Grund vorhanden seyn, diesen Fall von dem ersten zu unterscheiden, denn gerade vermöge der Fiction des Satzes 883 fällt die Verpfändung unter den Begriff der Verpfändung einer fremden Sache.

9) 691, 1315.

Beweislast bei der Negatorienklage.

Wenn diese Klage gegen eine ersitzbare — also offene und selbstständige Dienstbarkeit gerichtet ist, so muß der Kläger die Freiheit beweisen, weil

1) durch die petitorische Klage der Besitz des Beklagten anerkannt wird, weil

2) der Besitzer die Vermuthung des Eigenthums für sich hat, weil

3) die für den Besitz einer offenen und selbstständigen — also die Unfreiheit des Eigenthums laut ankündenden — Servitut streitende Vermuthung stärker sei als die Vermuthung für die Freiheit, resp. diese aufhebe, weil

4) auch sonst die Besitzklage für einen solchen Servitutisten nutzlos sei, wenn er durch ein obsiegliches Urtheil nicht einmal von dem Beweise in petitorio frei werde.

Anmerkung. Es ist also hier zwischen ersitzbaren und nicht ersitzbaren Servituten ein Unterschied in Ansehung der Beweislast gemacht, und es läßt sich auch in keinem Falle bestreiten, daß die Vorschriften des Code über Besitz und Verjährung der Servituten der alten Controverse neue Gesichtspunkte verliehen haben. (Vrgl. Annalen II. 110.)

10) Art. 883, 1134, 1654, 1872.

Wenn eine zwischen mehreren Personen gemeinschaftliche Sache zur Aufhebung der Gemeinschaft und zur Vereinigung des Eigenthums in der Hand des Erwerbers veräußert wird, so ist diese Veräußerung der Auflösungsklage wegen Nichtzahlung des Preises nicht unterworfen, denn ein solcher Akt ist kein wahrer Verkauf, sondern eine Theilung, welche Art der Veräußerung ihre besondere Natur und Vorschriften hat. Derjenige, welcher durch die Theilung etwas empfängt, wird so angesehen, als sei er immer Eigenthümer gewesen, und als hätten die übrigen Theilhaber nie ein Eigenthumsrecht gehabt, und die Theilung bildet einen gemeinschaftlichen Titel zwischen mehreren Personen, welcher ohne Einwilligung aller Interessenten nicht wieder aufgehoben werden kann.

Wäre die Auflösungsklage zulässig, so könnten sich zwei Interessenten, denen die Theilung nicht mehr zusagt, mit einander verständigen, dieselbe gegen den Willen der übrigen wieder aufzuheben. Es dürfte nur Derjenige, der ein Aufgeld zu zahlen hat, die Zahlung nicht leisten und sofort der andere unter diesem Vorwande die Auflösung begehren. (p. 370.)

10) Art. 816, 819.

Vermöge dieser Sätze ist eine Theilung nur dann endgültig, wenn eine Urkunde darüber aufgenommen ist. Bei einer blos mündlich verabredeten Theilung kann jeder Theilhaber noch auf Theilung klagen.

Selbst der Beweis, daß der Kläger sich bereits im Be-

Digitized by Google

ſitze ſeines Looſes befinde, z. B. durch Eideszuſchiebung, iſt nicht erheblich und zuläßig.

Anmerkung. Dieſe Entſcheidung möchte wenigſtens für den Fall einigem Zweifel unterliegen, wo die mündlich verabredete Theilung factiſch vollzogen iſt.

12) Art. 2129, 2130.

Der Schuldner, welcher überhaupt keine Liegenſchaften beſitzt, kann auch auf ſeine zukünftigen Güter kein Unterpfand geben, denn der Art. 2129 verfügt allgemein, daß künftige Güter nicht verſchrieben werden können, und die im folgenden Artikel enthaltene Ausnahme iſt ſtrenge auf den dort ausgedrückten Fall zu beſchränken, nämlich auf den Fall, wo die wirklich verpfändeten gegenwärtigen Güter nicht ausreichen, weil jene Ausnahme ſo ſingulärer und dem Syſtem der Spezialität widerſprechender Natur iſt, daß alle im Artikel enthaltenen Vorausſetzungen als weſentlich zu betrachten ſind. (p. 431.)

13) Art. 757, 908, 920, 921.

Die zu Gunſten eines natürlichen Kindes gemachten Schenkungen, welche das geſetzlich erlaubte Maas überſchreiten, können nur von den geſetzlichen Erben, nicht aber von Erbvermächtnißnehmern in dieſer ihrer Eigenſchaft angefochten werden, denn das natürliche Kind hat ein Recht auf den ganzen Nachlaß, wenn keine geſetzlichen Erben vorhanden ſind, weßhalb die Beſchränkungen ſeines Erbrechts nur als zu Gunſten jener Erben, nicht aber als zu Gunſten von Vermächtnißnehmern, oder mit andern Worten nur als relativ ausgeſprochen anzuſehen ſind. (p. 467.)

14) Art. 552.

Der Eigenthümer des oberen Stockwerks eines Gebäudes kann ohne Einwilligung des Eigenthümers des Erdgeſchoſſes ein weiteres Stockwerk errichten, denn ſein Eigenthumsrecht umfaßt Alles, was über dem Erdgeſchoß ſich befindet, und das höher Bauen iſt daher nur eine in ſeinem Eigenthumsrecht begriffene Handlung.

Anmerkung. Demnach wäre ein ſolches Rechtsverhältniß als ein condominium *pro diviso* zu betrachten, und von ſelbſt wird es ſich verſtehen, daß der Neubau dem Gebäude keinen Schaden bringen darf. (479.)

15) Art. 791, 1130.

Wer ſich verpflichtet, auf den Todesfall einer noch lebenden Perſon und aus ihrem Nachlaſſe eine Summe Geldes zu bezahlen, contrahirt über die Verlaſſenſchaft eines Lebenden, und der Vertrag iſt nichtig, weil man ſich nicht perſönlich, ſondern nur die Verlaſſenſchaft verpflichtet, und die Erwerbung der Verlaſſenſchaft die Bedingung iſt, unter welcher der Vertrag exiſtent, und nicht bloß in Anſehung des Vollzugs aufgeſchoben, resp. eine Zeitbeſtimmung dafür getroffen wird. (p. 480.)

16) Art. 856, 2277.

Die Zinſe aus einem einzuwerfenden Vorempfang verjähren nicht in 5 Jahren, weil die Klage auf Einwerfung durch die Theilungsklage bedingt iſt, und erſt mit dieſer ihr Daſeyn erhält. (p. 480.)

17) Art. 783, 802, 774.

Nach dem auch durch den Code adoptirten Grundſatz, „qui semel heres, semper heres“ kann der Erbe, wenn er angetreten hat, nicht mehr auf die Erbſchaft verzichten, ſelbſt wenn er nur Vorſichtserbe iſt und nur unter einem Vorbehalt angenommen hat, denn die Wohlthat des Erbverzeichniſſes verhindert nur die Rechtsvermiſchung, und der beigefügte Vorbehalt kann die Wirkungen der Annahme nicht hindern.

Anmerkung. Da nach Satz 774 eine Erbſchaft nur unbedingt angenommen werden kann, ſo dürfte jede mit einem Vorbehalt vermiſchte wörtliche Annahme gar nicht als eine wirkliche Annahme zu betrachten ſeyn. Nur bei einer Einmiſchung kann der Vorbehalt keine Wirkung hervorbringen. (1108 c.) p. 377.

18) Art. 1338, 472.

Eine ſtillſchweigende Genehmigung durch freiwillige Erfüllung ſetzt immer voraus, daß Derjenige, dem eine Umſtoßungsklage zuſtand, die Fehler gekannt habe, aus welchen das Geſchäft angefochten werden konnte, ſonſt iſt keine Genehmigung vorhanden.

Ein Vertrag, der zwiſchen dem großjährig gewordenen Mündel und dem Vormünder vor geſtellter Rechnung abgeſchloſſen wurde, kann durch die Erfüllung von ſeiner Nichtigkeit nicht geheilt werden, weil ſonſt der Art. 472 ſeinen Zweck verfehlen würde. (p. 179.)

19) Art. 932.

Nach dieſem Artikel muß die Annahme einer Schenkung in beſtimmten Ausdrücken geſchehen, alſo genügt es nicht, wenn man die Abſicht, zu acceptiren, nur aus gewiſſen Umſtänden oder aus zweideutigen Erklärungen folgern will. Die Annahme muß ſich als ein weſentlicher Theil der beurkundeten Handlung darſtellen. (p. 204.)

20) Art. 2277.

Die Streitfrage, ob die Vorgänge des Satzes 2244 die fünfjährige Verjährung in eine 30jährige verwandeln, wurde verneinend entſchieden, weil jene Vorgänge keine Rechtswandlung bewirken.

Die 5 Jahre ſind vom Tag der Klage an rückwärts und nicht vom letzten Verfalltage an zu berechnen.

21) Art. 1654, 2112. Abſ. 4. Anh. S. 240 ff.

Die Vorſchriften des Handelsrechts über Zurücknahme der Waaren in Handelsganten iſt auf eigentliche Waaren zu beſchränken und daher nicht anwendbar auf ſolche Gegenſtände, die zwar zum Betrieb des Geſchäfts, aber nicht zum

Digitized by Google

Verkauf bestimmt sind, z. B. Maschinen. Abgesehen davon, daß die exceptionellen Bestimmungen des Handelsrechts beschränkend auszulegen sind, schlägt hier der Grund des Gesetzes, nämlich die Verhütung von Verwechslungen und Betrügereien, wenn die Waaren im Besitze des Gemeinschuldners sind, nicht an. (p. 98.)

22) Art. 1599.

In Frankreich wird die Frage, ob eine durch einen vermeintlichen Erben erfolgte Veräußerung eines Grundstücks zu Gunsten eines redlichen Erwerbers gegenüber von dem wahren Erben gültig sey, sehr verschieden beantwortet. Bald wird dem rechtmäßigen Erben eine dingliche Klage eingeräumt, bald nicht. Der Gerichtshof zu Bourges hat am 16. Juni 1837 die Klage verworfen, der Gerichtshof zu Montpellier dieselbe jedoch (9. Mai 1838) zugelassen.

Der erstere berief sich auf die constante Praxis, der letztere gab im Wesentlichen folgende Gründe an:

Die Gültigkeit des Verkaufs würde eine Ausnahme von der allgemeinen Regel seyn, daß der Verkauf einer fremden Sache ungültig sey.

Hievon haben zwar die Sätze 2279, 2280 und 1935 Ausnahmen gemacht, allein diese beziehen sich nur auf bewegliche Sachen und es passen auch die Motive des Gesetzes nicht auf den vorliegenden Fall. Eben so wenig können die Sätze 2008, 2009 zum Beweise des Gegentheils angerufen werden, weil diese von dem Mandatsverhältniß sprechen, und nichts anderes als eine Verlängerung der Gewalt des Mandators für den Fall verordnen, wo dieser noch keine Kenntniß von dem Erlöschungsgrunde seines Auftrags erlangt hat.

Der Art. 1240 (besagend eine Zahlung an den redlichen Besitzer einer Forderung ist gültig) spricht von der Gültigkeit einer Zahlung und findet daher nur auf die Befreiung von einer Verbindlichkeit Anwendung. (Es ist allerdings ein sehr wesentlicher Unterschied, ob es sich von der Gültigkeit einer Zahlung, oder von der Gültigkeit des Vertrags handelt, welcher durch die Zahlung erfüllt worden ist), die Klage ist auch nicht nach den Sätzen 1379, 1380 (als condutio indibito) zu behandeln, weil diese voraussetzen, daß Derjenige, welcher gezahlt hat, Eigenthümer der hingegebenen Sache sey (oder noch einfacher, weil der Kläger eine ganz andere Person ist, als diejenige, welche bezahlt hat.)

Der Art. 790, welcher die Handlungen des Erbpflegers für gültig erklärt, ist nicht anwendbar auf die Handlungen des vermeintlichen Erben, weil jener als Mandatar des wahren Erben, dieser dagegen in eigenem Namen und für sich selbst handelt. Endlich wird zur Unterstützung der gewiß richtigen Entscheidung noch auf die Art. 2125, 2152 und 930 hingewiesen und das Resultat gezogen, daß der gute Glaube des Käufers in diesem Falle keine anderen als die gewöhnlichen Vortheile bringe (549, 2265) (p. 492).

23) Art. 1167.

Kein Gläubiger kann einen Vertrag des Schuldners — als zum Abbruch seiner Rechte unternommen — anfechten, wenn dieser Vertrag älter ist, als seine Forderung. (Von dem Gerichtshof zu Toulouse gegen ein früheres Urtheil des Cassationshofes entschieden.

Anmerkung. Die Entscheidung dieser sehr streitigen Frage dürfte in jedem einzelnen Fall von Thatverhältnissen abhängen. (p. 500.)

24) Art. 753, 904, 915.

Nach Art. 904 kann ein Minderjähriger nach zurückgelegtem 16. Jahre über die Hälfte desjenigen Vermögens verfügen, worüber er als volljährig hätte verfügen dürfen.

Ein solcher hinterließ einen Ascendenten und Seitenverwandte, konnte demnach als volljährig über $^3/_4$ oder $^{12}/_{16}$ und als minderjährig über $^8/_{16}$ frei verfügen. Er errichtet ein Testament, worin er zu Gunsten seines Ascendenten verfügt, daß dieser außer dem Pflichttheil alles dasjenige erhalten soll, worüber er, Testator, nach dem Gesetze gültig verfügen könne.

Die Seitenverwandten verlangen nun folgende Theilung:

Der Erblasser konnte als volljährig nur über $^{12}/_{16}$, somit als minderjährig nur über $^8/_{16}$ gültig verfügen. Diese $^8/_{16}$ soll der Ascendent zum Voraus erhalten, die weiteren $^{10}/_{16}$ aber müssen getheilt werden, so daß $^5/_{16}$ auf den Ascendenten und $^5/_{16}$ auf die Seitenverwandten fallen.

Der Ascendent dagegen verlangte die Hälfte als Legator, und ein weiteres $^1/_4$ als gesetzlicher Erbe, also im Ganzen $^3/_4$.

Die letztere Berechnung billigte der Gerichtshof zu Aix, weil

1) der Testator, wäre er volljährig gewesen, zu Gunsten des Ascendenten über sein ganzes Vermögen hätte verfügen können. Also konnte er demselben als minderjährig die Hälfte durch Testament zuwenden,

2) die andere Hälfte ist nach den gesetzlichen Regeln zu theilen, wornach die Hälfte davon dem Ascendenten und die Hälfte den Seitenverwandten gebührt.

Der Pflichttheil ist zu Gunsten des Ascendenten festgesetzt, kann also, wenn es sich darum handelt, wie viel man demselben vermachen könne, nicht zu seinem Nachtheile und zu Gunsten der Seitenverwandten an der disponiblen Quote in Abzug gebracht werden.

Zu Poitiers wurde im Jahr 1828 anders erkannt und den Seitenverwandten $^5/_{16}$ zugesprochen. Stabel.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 3. Karlsruhe den 27. März 1841.

Sirey. 1838. tom. III

1) Art. 321, 313, 325.

Ist ein während der Trennung zweier Ehegatten, welche wegen erhobener Ehescheidungsklage verfügt worden ist — empfangenes und geborenes Kind als ehelich zu betrachten?

Die Ehegatten heiratheten im Jahr 1815. Im Jahr 1819 erhob die Frau eine Ehescheidungsklage, und es wurde ihr eine besondere Wohnung angewiesen. Das Ehescheidungsverfahren blieb in Folge beiderseitigen Uebereinkommens ruhen und die Frau blieb in dem angewiesenen Aufenthalt. Im Jahr 1833 gebar sie ein Kind, dessen Vaterschaft der Ehemann ableugnet. Die Ableugnungsklage wurde verworfen, weil

1) der Fall der Unmöglichkeit einer Beiwohnung (Art. 312.) durch eine derartige Trennung nicht vorhanden sey. Das Gesetz zählt diese Trennung nicht hierher, und wenn auch Gefahr vorhanden ist für den Mann, so darf doch der Richter den Satz 312 nicht willkürlich erweitern.

2) Der Art. 325, auf welchen sich der Mann beruft, um zum Gegenbeweis zugelassen zu werden, bezieht sich in Verbindung mit den vorhergehenden Artikel nur auf den Fall, wo ein Kind, dem es an einer Rechtsurkunde und einem damit übereinstimmenden Besitz mangelt, den Beweis seiner Ehelichkeit zu führen sucht, welcher Fall aber nicht vorliegt, da der Vater der Kläger ist, und das Kind die Rechtsurkunde für sich hat. (pag. 486.)

2) Legitimation zur Sache bei Dienstbarkeitsklagen.

Es kommt auch bei uns sehr häufig vor, daß einer Gemeinde eine Dienstbarkeit in der Art zusteht, daß die einzelnen Einwohner und nicht die Gemeindskasse es sind, welche den Vortheil davon beziehen, z. B. Waldrechte, welche einer Gemeinde zum Vortheil der einzelnen Einwohner, soweit diese Vieh besitzen, zustehen, und es erhob sich in Frankreich bei solchen Fällen schon öfters die Frage, ob die einzelnen Einwohner klagen können, oder die Gemeinde klagen müsse?

Der Gerichtshof von Grenoble ließ die einzelnen Einwohner als Kläger zu, weil das Waldrecht den Vortheil der einzelnen Einwohner bezwecke und kein eigentliches Gemeindegut sey, auch als solches weder verpachtet noch veräussert werden könne.

Der Gerichtshof von Toulouse hat sich gegen die Zulässigkeit einer Klage der einzelnen Einwohner ausgesprochen. Der Gerichtshof von Angers hat die in einem solchen Falle belangten Einwohner zu der Einrede zugelassen, daß der Gemeinde ein solches Recht zustehe. In der Regel wird folgende Unterscheidung gemacht: Wenn die Dienstbarkeit selbst bestritten ist, kann nur die Gemeinde klagen, nicht aber können die Einwohner als Singuli confessorisch klagen. Wenn aber das Recht im Allgemeinen anerkannt ist, der Streit also andere Punkte berührt, so soll jeder Einzelne klagen können.

(Eine weitere beim Gerichtshof zu Grenoble in dieser Art vorgekommene Frage ist bei uns durch die Gemeindeordnung entschieden.) (p. 497.)

3) Art. 1304, 791, 1130, 1600.

Die Klage auf Umstoßung eines Vertrags, der einen Verzicht auf die Verlassenschaft einer noch lebenden Person enthält, verjährt nicht in 10, sondern erst in 30 Jahren von der Eröffnung der Erbschaft an. (Für diese Entscheidung sind eigentlich keine Gründe angegeben, sie dürfte übrigens deßhalb als richtig angesehen werden, weil ein solcher Vertrag, kraft Gesetzes nichtig ist, und deßhalb gar keiner Umstoßung bedarf.) (p. 501.)

4) Art. 671.

Derjenige, welcher während 30 Jahren Bäume in einer größeren als der gesetzlichen Nähe, an der Grenze stehen hatte, kann zwar nicht mehr angehalten werden, die Bäume zu entfernen, allein er hat auch nicht das Recht erworben, diese Bäume durch andere zu ersetzen, weil nach der Regel, „quantum possessum tantum prescriptum“ der Nachbar zwar sein Klagrecht verloren, der Besitzer der Bäume aber

Digitized by Google

nicht das Recht erlangt hat, für immer und ewig Bäume in der gesetzwidrigen Nähe zu halten.

5) Besitzklagen.

Auch nach französischem Recht ist es nöthig, daß der Besitzkläger mindestens ein Jahr lang ruhig im Besitze der Dienstbarkeit war, deren Besitz verfolgt wird, allein es ist nicht nöthig, daß in dem letzten Jahre vor der Störung Besitzhandlungen ausgeübt worden sind. Diese können auch älter seyn, zumal bei solchen Dienstbarkeiten, die nur von Zeit zu Zeit ausgeübt werden. (Zur Vergleichung mit §. 747. Abs. der Pr. O.) tom. I. p. 882.

6) Art. 336, 334, 331.

Nach Art. 336 wirkt die Anerkennung eines natürlichen Kindes von Seiten des Vaters, ohne Angabe und Geständniß der Mutter, nur gegen den Vater und nach Satz 334 muß die Anerkennung eines natürlichen Kindes, entweder in der Geburtsurkunde oder durch eine öffentliche Urkunde vollzogen werden.

Auch sollen natürliche Kinder nach Satz 331 nur dann durch spätere Heirath ehelich gemacht werden, wenn eine Anerkennung vor der Heirath erfolgt ist. Indessen haben der Gerichtshof zu Caen und der Cassationshof in einem Falle, wo nur eine Anerkennung von Seiten des Vaters, ohne Angabe und Geständniß der Mutter vorlag, ausgesprochen, daß eine Anerkennung der Mutter auch faktisch und ohne urkundliche Erklärung hinzutreten könne, wenn nämlich die Mutter solche Handlungen gegen das Kind vornimmt, welche den Besitz eines Familienstandes darstellen würden; ferner daß durch die zwischen dem Vater und der Mutter erfolgte Heirath — nachdem solche Handlungen von Seiten der Mutter vorausgegangen waren, — das natürliche Kind ehelich gemacht worden sey.

Das Gesetz habe nämlich für das Geständniß der Mutter keine besonderen Förmlichkeiten vorgeschrieben und zwar mit gutem Grund, weil die Nachfrage, wer Mutter eines Kindes sey, erlaubt, dagegen die Nachfrage nach dem Vater verboten sey. (p. 1.)

7) Art. 319, 320, 321, 323.

Die Vorschriften des Gesetzes über den Beweis der Kindschaft sind nicht auf den Fall auszudehnen, wo Jemand zum Behuf eines Erbrechts seine Abstammung von bestimmten Ahnen darthun will. Es gelten hier beim Mangel vollständiger Geburtsbücher nur alle anderen überhaupt zulässigen Beweismittel. (Art. 46.) p. 44.

8) Art. 661, 1598, 702.

Das Recht des Angrenzers an eine fremde Mauer, diese nach den Bestimmungen des Art. 661 gemeinschaftlich zu machen, ist nicht anwendbar gegen Gebäulichkeiten, die sich ausser dem Rechtsverkehr befinden, z. B. auf Kirchen, weil nach Art. 1598 bei solchen Gegenständen eine Veräusserung nicht statt finden kann. Jenes Recht tritt jedoch in dem Moment in's Leben, wo die Gebäulichkeit in Rechtsverkehr kommt, denn die besonderen Rechte und Privilegien, welche aus der früheren Bestimmung des Gebäudes entsprangen, hören mit dieser Bestimmung und durch Verwandlung des Gebäudes in Privateigenthum, von selbst auf.

Lustöffnungen, welche in einer solchen Mauer angebracht sind, hindern den Erwerb der Gemeinschaftlichkeit derselben sowie das Anbauen von Seiten des Nachbars nur in soweit, als es nöthig ist, damit die Lichtöffnungen fortbestehen können, indem eine weitere Ausdehnung jenes Verbots eine Verletzung des Eigenthumsrechts und eine unerlaubte Erweiterung einer Servitut enthalten würde (p. 33) vergl. folgende Nro.

9) Art. 661, 688, 689, 690, 2232.

Die bekannte Streitfrage, ob durch 30jährigen Besitz von Aussichtsfenstern nur des Nachbars Recht erlösche, die Entfernung dieser Fenster zu verlangen (praescriptio extinctiva) oder ob der Besitzer auch das jus altius non tollendi erwerbe.

(Annalen 1838, p. 166. 1839, p. 61.)

Wird nunmehr, nachdem 30 Jahre seit Einführung des Landrechts abgelaufen sind, von großer Wichtigkeit für uns.

Die Frage kommt meistens dann zur Sprache, wenn der Nachbar die mit Fenstern versehene Mauer gemeinschaftlich machen (Art. 661) und daran anbauen will. Die Praxis der französischen Gerichtshöfe hat sich in neuerer Zeit in derartigen Fällen allgemein dafür entschieden, daß das Daseyn von Aussichtsfenstern während 30 Jahren die Wirkung habe, daß der Nachbar nur in soweit auf die Gemeinschaftlichkeit der Mauer Anspruch habe, als solches ohne Beschränkung des bisherigen Besitzes geschehen kann, also ohne Beschränkung der erworbenen Aussichtsgerechtigkeit. Dagegen wird noch besonders darauf gesehen, ob die Oeffnungen auch wirkliche Aussichtsfenster genannt werden können, d. h ob sie eine Aussicht darbieten. So wurde z. B. von dem Gerichtshofe zu Colmar ein auf des Nachbars Dach gehendes Fenster nicht für ein Aussichtsfenster, sondern als ein Gegenstand der bloßen Duldung betrachtet. Es wurde gegen dieses Erkenntniß die Cassation ergriffen, weil es anerkannter Grundsatz sey, daß durch 30jährigen Besitz von Fenstern das jus non altius tollendi erworben werde, und weil es diesem durch das Gesetz geheiligten Grundsatz zuwider sey, zu unterscheiden, wohin

Digitized by Google

die Aussicht gebe, ob in einen Hof, Garten, in einen überbauten oder nicht überbauten Platz. Der Cassationshof verwarf das Rechtsmittel, weil kein Gesetz verletzt, vielmehr die Art. 688, 690 richtig angewendet worden seyen. p. 3, 56.

(In diesem Sinn ist auch die hieher einschlägige Entscheidung Beiblatt Nr. 1 Nro. 16 zu verstehen, indem dieselbe deßhalb zum Nachtheil des Fensteebesitzers ausfiel, weil er den Oeffnungen nicht die Eigenschaften und offenen Innzeichen einer Servitut, also einer nicht blos precäeen Aussicht gegeben habe.)

10) Art. 678, 79, 80.

Wenn zwei Häuser in einer Linie nebeneinander liegen und der eine Besitzer einen vorspringenden Balkon errichtet, so entsteht die Frage, ob dieser Balkon als eine gerade oder schräge Aussicht auf das angränzende Gut gewährend, zu betrachten, somit 6 oder 8 Fuß von des Nachbars Grundstück entfeent seyn müsse?

Der Cassationshof hat sich für die letzteee Meinung, nämlich dafüe ausgesprochen, daß diese Aussicht als eine schiefe zu betrachten sey. (p. 398.)

11) Rechtliche Natur eines Contocorrents.

Banquier X, welcher mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebte, stand in laufender Rechnung mit Banquier Z., die Frau starb und der zu dieser Zeit gemachte Abschluß des Contocorrents zeigte einen bedeutenden Salbo zu Gunsten des letzteen, nämlich des Z.

Es wird indessen keine Gemeinschaftstheilung zwischen den Erben der Frau und dem Banquier X. vorgenommen und dieser setzt seine Geschäftsverbindung mit Z. fort. Er wird zahlungsunfähig und Z. veelangt nun, daß die Erben der Frau die Hälfte jenes Saldo als Gemeinschaftsschuld übernehmen sollen, der ihm zur Zeit des Todes dee Frau zu gut kam.

Es wurde erkannt, daß diese zur Todeszeit bestandene Schuld als getilgt zu erachten sey, weil die späteren Uebereechselnungen (Erimessen) des X. an Z., als Zahlungen zu betrachten und daher zunächst auf den Saldo aus früherer Rechnung aufzueechnen seyen.

Hiegegen wurde die Cassation eingewendet und ausgeführt:

Die Verbindung auf laufende Rechnung sey nach dem Handelsgebeanch eine Art von Verteag, wornach die Paeteien übereinkommen, sich wechselweise Darleihen zu machen, der, welcher die Rimesse macht, sey in Bezug des ihm deßhalb zukommende Guthaben der Darleihee, und der Empfänger sey der Entleiher.

Die einzelnen einander gegenübeestehenden Posten seyen daher nicht als Zahlungen auf das jenseitige Guthaben, sondern als lauter einzelne einander gegenüberstehende Darlehensforderungen zu betrachten, und nach der Wettschlagung zu behandeln. Dee Cassationskläger bemerkte weiter, daß die einzelnen Forderungsposten auch die Natur einer aus dem Maudate entspringenden Foederung haben können, wenn nämlich eine Summe Geldes auf Anweisung des andern Coerespondenten ausgelegt worden sey. Immer aber sey eine Fordeeung und keine Zahlung voehanden, was schon daraus heevorgehe, daß die einzelnen Posten kraft Gesetzes Zinsen tragen, was mit einer Zahlung nicht zu vereinigen sey.

Hieraus folge, daß die auf die Frau gefallene Schuldenhälfte noch bestehe, indem sie durch die späteren Daeleihen des X. nicht habe wettgeschlagen werden können.

Der Cassationshof verwarf das Rechtsmittel, indem er die späteeen Ueberwechslungen als Zahlungen auf den früheren Saldo betrachtete. In einer Anmerkung zu diesem Urtheile wird im Allgemeinen die von dem Cassationskläger aufgestellte Ansicht als die richtige vertheidigt, aber duech die Entscheidung der Gerichte aus folgendem Grunde gebilligt.

Der durch den jähelichen odee halbjähelichen Abschluß des Contocurrents entstehende Saldo sey zwar allerdings als Rest der Daeleihen zu betrachten, die geleistet worden seyen, und die Erben der Frau hätten daher die Hälfte der Schuld übernehmen müssen, wenn sofort das Rechtsverhältniß aufgehoben, und die Zahlung des Saldos verlangt woeden wäre.

Dieß sey aber nicht geschehen. Die Verbindung auf laufende Rechnung sey fortgesetzt und der zue Todeszeit voehandene Saldo als ein neues Darleihen auf die folgende Rechnung zu Gunsten des Z. eingetragen worden.

Duech diesen neuen Eintrag sey eine Rechtsverwandlung bewirkt, d. h. die alte Schuld aufgehoben, und in ein neues Daeleihen veewandelt, somit die frühere Mitschuldneein befreit worden. (p. 237.) (Veegl. Annalen V. S. 215.)

12) H.R.S. 39—44. 51.

Der Mangel einer schriftlichen Abfassung eines Handelsvertrags hat zwar die Wichtigkeit desselben zue Folge, allein wenn der Vertrag factisch bestanden hat, und dieses Brstehen zugegeben ist, so müssen die Rechtsverhältnisse für die Zeit dieses Bestehens nach Handelsrecht beurtheilt werden, und es können sich die Theilhaber namentlich nicht dee grsetzlich gebotenen Entscheidungen ihrer Streitigkeiten durch Schiedsrichtee entziehen, die aus Mangel der gedachten Förmlichkeiten entspeingende Wichtigkeit kann indessen ungeachtet des Vollzugs pro Futuro von jedem Brtheiligten und zu jeder Zeit gritend gemacht werden, und der Vollzug des Veetrages heilt den Mangel nicht, weil die Förmlichkeiten im öffentlichen Inteeesse vorgeschrieben sind. (p. 248 und 393.)

Digitized by Google

13) Resjudicata Art. 1351.

a. Wenn ein Rechtsgeschäft wegen Mangels der Form als richtig angegriffen und dasselbe für gültig erklärt wird, so steht dieses Urtheil einer neuen Klage, welche die Richtigkeit aus der Vertragsunfähigkeit einer Partei ableitet, nicht im Wege. (729.)

b. Wenn eine auf Betrug gestützte Nichtigkeitsklage verworfen ist, so steht jeder neuen derartigen Klage res. jud. entgegen, wenn auch neue Thatsachen und Beweise zur Begründung des Betrugs angeführt werden, denn der Klaggrund ist derselbe. (p. 119.)

Anmerkung: Es dürfte bei uns

1) zu unterscheiden seyn, ob die Nichtigkeiten klagend oder ob sie einredend gegen eine Klage auf Vertragsvollzug geltend gemacht wurden, und

2) im ersteren Falle abermals, ob die in der Klage behaupteten Nichtigkeiten eines Geschäfts wesentlich zum Klaggrund gehören, oder ob es nur antizipirte Repliken gegen eine zu erwartende Einrede sind. Wenn

ad 1. die Nichtigkeit eines Vertrags den eigentlichen Klaggrund bildet, d. h. wenn das Entstehen des in Anspruch genommenen Rechts durch die vorgängige Umstossung des Vertrags bedingt ist, und wenn die Klage verworfen wird, so dürfte die res judicata nur dann entgegenstehen, wenn die Thatsachen, aus welchen früher die Nichtigkeit gefolgert wurde, dieselben sind, nicht aber, wenn andere Thatsachen vorgeführt werden, gleichviel ob der Rechtsgrund, Betrug, Irrthum u. s. w. derselbe bleibt, denn es kommt auf die Identität der Thatsachen und nicht auf die Identität der rechtlichen Folgerung aus verschiedenen Thatsachen an, mit andern Worten: es kommt auf die Identität des fundamentum agendi proximum und nicht des remotum an. Dagegen muß der Bekl., welcher auf Vertragsvollzug belangt wird, alle Einreden gegen die Gültigkeit vorbringen und die nicht vorgebrachten können später nur im Wege der Wiederherstellung noch geltend gemacht werden.

Dasselbe gilt

ad 2. wenn die in der Klage vorgeführten Nichtigkeiten eines Akts in Wahrheit nicht einen Theil des Klaggrundes, sondern nur antizipiete Repliken bilden. Wenn z. B. der Intestaterbe auf den Grund seines gesetzlichen Erbrechts die Erbschaft gegen einen Testamentserben fordert, und die Nichtigkeit des Testaments behauptet, so ist keineswegs diese Nichtigkeit sondern die Verwandtschaft der wahre Klaggrund, die vorgeschützte Nichtigkeit ist eine Replik gegen den Titel, aus welchem der Beklagte sein besseres Recht nachzuweisen versucht und daraus folgt, daß nach den Eventualmaximen alle Nichtigkeitsgründe (Repliken) zusammen geltend gemacht werden müssen, resp. daß den später erhobenen die Rechtskraft entgegensteht.

c. Die Frage, ob res judicata vorhanden sey, ist lediglich aus dem dispositiven Theil eines Erkenntnisses und nicht aus den Entscheidungsgründen zu beantworten. (p 22.)

(Jedoch dürften die Gründe bei zweifelhaften Ausdrücken als Erläuterung dienen.)

d. die Verurtheilung eines Sammtschuldners bildet keine res jud. gegen die übrigen, welche auf keine Art Theil am Prozesse genommen haben. (p. 97.)

14) 548. 549, Früchtenersatz.

a. Die Zueignung der Früchte eines Grundstücks erzeugt nach Art. 548 die Verbindlichkeit, die von einem Dritten aufgewendeten Kosten für Bestellung, Arbeit und Aussaat zu ersetzen. Wenn jedoch die Früchte nicht mehr in natura vorhanden sind, sondern der Werth derselben ersetzt werden muß, so ist der Artikel nicht maßgebend. Der Dritte darf nicht allein die dort genannten Kosten, sondern auch die weiter gehabten Auslagen z. B. für die Verwerthung in Abzug bringen (p. 97.)

b) Ein in possessorio errungenes obsiegliches Urtheil macht den Besitzer darum nicht zu einem redlichen, er kann demungeachtet zum Früchtenersatz verurtheilt werden, wenn er die Mängel seines Titels kannte oder kennen mußte. (p. 202.) (Rechtmäßiger Besitz ist noch kein redlicher Besitz. Brauer VI. S. 48.)

15) Vergleich über den bürgerlichen Stand.

Ein solcher Vergleich ist anerkannter Maßen nichtig, weil der bürgerliche Stand kein Object der Veräußerung und des Verzichts seyn kann.

Wenn jedoch nebst dem bürgerlichen Stand der Vergleich auch über die mit demselben verbundenen pekuniären Vortheile abgeschlossen wird, so entsteht die Frage, ob der Vergleich nur in der ersten Beziehung oder ob er im Ganzen richtig sey? (Nach L.R.S. 6, ob das Geschäft in dieser Art theilbar sey und theilweise bestehen könne?)

Der Gerichtshof von Besançon entschied, daß die Nichtigkeit des Verzichts auf den bürgerlichen Stand die Nichtigkeit des Vergleichs in Bezug auf die damit verknüpften pecuniären Interessen nicht nothwendig im Gefolge habe. Hingegen wurde die Cassation ergriffen, und von Demjenigen, der ungültig auf seinen Civilstand verzichtet hatte, zur Begründung dieses Rechtsmittels ausgeführt, daß die Art. 6, 1108, 1128, 1131, 1133, 1172, 2045 des Code verletzt seyen, denn der Vergleich sey ein untheilbares Ganzes, das der Richter nicht trennen könne, ohne dem Willen der Parteien die wahre Natur zu nehmen. Ein Vergleich über die pecuniären Vortheile des bürgerlichen Standes sey nur dann gültig, wenn diese einzig und allein das Vergleichsobject bilden, nicht aber, wenn beides vermischt sey und das erstere nur ein Accessorium des letzteren bilde.

Der Verzicht auf den Stand sey ferner die Bedingung des Vergleichs über die Vermögensvortheile, und eine solche Bedingung mache nach S. 1172. die ganze Uebereinkunft nichtig.

Der General Advocat Taebé schloß sich dieser Ansicht an, weil das ganzes Geschäft nach der Absicht der Parteien ein untheilbares Ganze bilde und daher nach Art. 1218 als untheilbar betrachtet werden müsse. Die entgegengesetzte Ansicht würde die Umgehung eines Prohibitivgesetzes sanctioniren, das die öffentliche Ordnung bezweckt. Sie würde den Erben den Nutzen der Gesetzesumgehung überlassen, und willkürlich eine Uebereinkunft trennen, die zu derselben Zeit und unter demselben Einflusse als ein Ganzes abgeschlossen wurde.

Der Cassationshof hob das eben erwähnte Urtheil auf, weil nur ein und dieselbe Gegenleistung für den Verzicht auf den Stand und auf die Vermögensvortheile bedungen worden, eine Theilung des Vergleichs unzulässig, und folglich die Gesetze über Untheilbarkeit der Verbindlichkeiten falsch angewendet worden seyen. (p. 161.) Stabel.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 4. Karlsruhe den 8. Mai 1841.

I.
Sirey. 1838. tom. III.

1) Der Art. 2279

ist nicht anwendbar auf unkörpeeliche Rechte (Forderungen), weil hier überhaupt ein Besitz, der das Eigenthum beweist, nicht denkbar ist. Der Verkauf eines solchen Rechtes ist daher der Regel des Satzes 1599 unterworfen (p. 169).

2) Subrogation in das Pfandrecht.

Die bekannten Streitfragen, welche aus den Verfügungen der Ehefrau über das ihr zustehende Pfandrecht hervorgehen, geben in Frankreich noch immer Stoff zu vielfältigen Prozessen.

Der Gerichtshof zu Paris und der Cassationshof haben wiederholt ausgesprochen:

„Daß die Frau, welche sich mit ihrem Manne sammtverbindlich gemacht und zu einer Verpfändung der ihrem gesetzlichen Pfandrecht unterworfenen Liegenschaften ihre Einwilligung gegeben hat, später keine anderen Personen zum Nachtheil, des ersten Gläubigers in ihr gesetzliches Pfandrecht einweisen könne, weil ihre Sammtverbindlichkeit einen Verzicht auf ihr Unterpfandsrecht enthalte und sie nicht *mehr* Rechte auf den späteren Gläubiger übertragen könne, als ihr selbst zustehe.

Anmerkung. Die von Trefurt in den Annalen IV., S. 231 mitgetheilten Bemerkungen über diese Streitfragen dürften nach der Ansicht des Einsenders sehr viel zur Aufklärung des Streites beitragen. Sobald man die dort sehr richtig aufgestellten Unterscheidungen *zwischen Verzicht auf den Vorrang* des Pfandrechts und zwischen *Abtretung* des Pfandrechts an einen andern Gläubiger im Auge behält und dabei ferner bedenkt, daß die Abtretung eines Pfandrechts, ohne Abtretung der Forderung, für welche es besteht, rechtlich nicht denkbar ist, wird man wohl immer den richtigen Weg zur Entscheidung finden, aber zuweilen auf andere Resultate gelangen, als die französischen Gerichte. So lange man aber gar annimmt, daß ein Pfandrecht ohne Cession der Forderung selbst, für die es besteht, von dieser Forderung abgelöst und im Wege einer eigenen Cession einer anderen Forderung angehängt werden könne, während doch anerkanntermaßen nach dem Landrecht nicht einmal eine Verpfändung des Pfandrechts, um so weniger also eine isolirte Uebertragung und Veräußerung desselben statt finden kann, wird man weder ins Klare kommen noch die Rechtssicherheit befördern.

3) Art. 457. 458. 461. 802.

In diesen Gesetzesstellen ist dem Vormund geboten, zu gewissen Handlungen, insbesondere zu Veräußerungen und zur Entsagung auf Erbschaften die Ermächtigung des Familienraths — bei uns also die obervormundschaftliche Ermächtigung einzuholen und derartige ohne diese Ermächtigung vorgenommenen Akte sind ungültig. Wie aber, wenn die Ermächtigung *später* von der betreffenden Behörde ertheilt, also der ungültige Akt nachträglich genehmigt wird? Der Cassationshof hat in einem Falle dieser Art, wo der Vormund eine sub beneficio inventarii angetretene Erbschaft ohne Ermächtigung den Gläubigern überlassen hatte, diesen Akt, der nachgefolgten Ermächtigung ungeachtet, für nichtig erklärt, weil die Ermächtigung im Art. 461 *vorausgehen* müsse und die spätere Ertheilung den ungültigen Akt nicht zu heilen vermöge. Von der Beklagten war behauptet worden, daß derjenige, welcher eine Erlaubniß zu ertheilen befugt sei, nothwendig auch die Befugniß habe, das ohne diese Erlaubniß Geschehene zu genehmigen.

4) Art. 1326.

In Beziehung auf die bekannte Streitfrage, welche Wirkungen es habe, wenn einer einseitigen Verschreibung der Beisatz „gut" ꝛc. fehle, ob eine solche Urkunde gar nichts beweise oder den Anfang eines schriftlichen Beweises begründe, hat der Cassationshof am 6. Febenar 1839 sich wiederholt für die letztere Ansicht ausgesprochen und insbesondere angenommen, daß Vermuthungsbeweis zur Ergänzung zugelassen werden müsse.

Digitized by Google

Der Zweck des Gesetzes sei der, zu verhüten, daß man etwas unterschreibe, ohne zu wissen was, und daß man auf diese Weise betrogen werde. Wenn jedoch aus allen Umständen sich ergäbe, daß der Unterzeichner von dem Inhalt der Urkunde Kenntniß gehabt habe, und daß kein Betrug im Spiele sei, so müsse eine derartige Schrift als vollbeweisend angesehen werden (p. 289).

5) Art. 1120. 1166.

Die Dame Delarose, Wittwe des Fessard, theilte mit ihren Kindern erster Ehe, einem Sohne und einer Tochter. Letztere war geistesschwach, und die Mutter stand für die Genehmigung der Theilung von Seiten der Tochter gut. Diese erfolgte nicht, vielmehr wurde die Tochter entmündigt und der für sie aufgestellte Vormund verlangte eine neue Theilung. Diese mußte vorgenommen werden und die Folge davon war, daß ein Gläubiger des Sohnes Fessard, dem dieser die ihm früher zugetheilt gewesenen Liegenschaften verpfändet hatte, durch die neue Theilung in seinen Unterpfandsrechten beeinträchtiget wurde.

Er verlangte eine Entschädigung von der Dame Delarose, unter Berufung auf die Art. 1120. 1166, weil sein Schuldner Fessard wegen nicht erfolgter Genehmigung Entschädigung fordern könne und der Gläubiger befugt sei, die Rechte seines Schuldners geltend zu machen.

Der Gerichtshof zu Rouen verwarf dieses Begehren, weil Delarose keine Verbindlichkeit gegen den Gläubiger des Fessard eingegangen habe.

Der Cassationshof hob dieses Erkenntniß auf, weil die Art. 1166 u. 1120 verletzt seien. (p. 238.)

Sirey 1839. tom. I.

H. S. Satz I.

Es ist als ein Handelsgeschäft zu betrachten, wenn ein Handelsmann Gelder entleiht und solche in seinem Handel verwendet. (p. 528.)

Art. 1840.

Da die Eingehung einer allgemeinen Gesellschaft (Gütergemeinschaft) ein leichtes Mittel wäre, diejenigen Gesetze zu umgehen, welche Schenkungen unter Lebenden oder durch letzten Willen in gewissen Fällen verbieten, so hat der Art. 1840 verfügt, daß eine solche Gesellschaft nicht bestehen könne zwischen Personen, welche

a) nicht fähig sind, sich wechselsweise zu beschenken, oder welchen es

b) verboten ist, einander zum Nachtheil anderer Personen zu begünstigen.

Es ist nun klar, daß z. B. der Vater mit seinem im Ehebruch erzeugten Kinde einen derartigen Vertrag nicht abschließen kann, weil hier überhaupt keine Schenkung statt finden darf.

Wie ist es aber in denjenigen Fällen, wo eine Schenkung zwar erlaubt, dagegen in der Art beschränkt ist, daß sie einen bestimmten Theil des Vermögens nicht übersteigen darf, z. B. wo ein solcher Vertrag mit einem Kinde eingegangen wird, während noch mehrere Kinder vorhanden sind? Ist hier der Vertrag überhaupt ungültig, oder findet nur eine Minderung der etwa durch denselben eingetretenen Begünstigungen statt?

Diese Frage ist sehr bestritten. Delvincourt behauptet, daß auch in letzterem Falle der Vertrag überhaupt ungültig sei, weil das Gesetz allgemein spreche und keine Unterscheidung zulasse. Anderer Meinung ist Duranton t. 17, Nr. 287, weil das Gesetz in diesem Falle die Begünstigung nicht verbiete, sondern nur das Maß derselben beschränke, also kein Verbot der Begünstigung überhaupt vorhanden sei und der Artikel von einem Verbot der Begünstigung im Allgemeinen handle.

Der Code selbst spreche zu dieser Ansicht das Wort durch die Sätze 1526 und 1527. Er verbiete nicht die allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten, wenn Kinder aus früherer Ehe vorhanden, sondern er unterwerfe nur die das gesetzliche Maß übersteigenden Vortheile des zweiten Ehegatten der Nichtigkeit.

Duvergier, traité des sociétés Nr. 119, vertheidigt die absolute Nichtigkeit, indem der Art. 1840 auch diejenigen Personen in sich begreife, deren Vermögen mit einem Vorbehalt belastet ist, indem hier offenbar der Fall vorliege, daß diese Personen nicht ganz frei über ihr Vermögen zu Gunsten Anderer verfügen dürfen.

Musse vertheidigt die Ansicht Durantons und widerlegt die Behauptung des Duvergier.

Diese Frage kam in der Art zur Entscheidung des Gerichtshofes zu Bourges, daß die, nach Auflösung einer solchen Gesellschaft zwischen Vater und Sohn vorgenommene Theilung, weil sie eine verbotene Schenkung enthalte, angefochten wurde.

Das Gericht I. Instanz hatte erkannt, daß zwar die Gesellschaft gültig, aber die angefochtene Theilung als Schenkung nichtig sei.

Der Gerichtshof so wie der Cassationshof sprachen sich dahin aus, daß die Theilung in so weit nichtig sei, als sie eine den Freitheil überschreitende Schenkung enthalte.

Anmerkung. Außer den (p. 516 des Weiteren angegebenen) Gründen pro et contra dürften vielleicht folgende Gesichtspunkte entscheidend sein.

1) Einen derartigen Gesellschaftsvertrag anzufechten, hat nur derjenige ein Interesse, der zu behaupten vermag, daß die Uebereinkunft eine ihm nachtheilige verschleierte

Digitized by Google

Schenkung enthalte. Ist aber dieses der Fall, so kommt es vor Allem auf die Frage an, ob der Vertrag nicht schon eben deßhalb ungültig sei, weil die Förmlichkeiten der Schenkungen nicht beobachtet worden sind?

Diese Frage ist übrigens gleichfalls eine controverse. (Zachariä I. §. 35)

2) Im Uebrigen wird nicht zu bestreiten sein, daß das Gesetz unter a. u. b. zwei verschiedene Fälle oder Personen vor Augen hat, denn sonst wäre die Bestimmung b. ohne alle Bedeutung. Wer sind nun die sub b. gemeinten Personen, wenn es einerseits nicht die, welche Pflichterben besitzen, andererseits aber doch solche Personen sein sollen, die sich vor denen sub a. unterscheiden?

Es wird schwer sein, im Gesetzbuch andere zu finden, auf welche die Bestimmung b. paßt, als gerade diejenigen, deren Verfügungsgewalt durch einen Vorbehalt gehemmt ist.

Vertragsauflösung ex nunc und ex tunc.

Doppelseitige Verträge, welche ein fortlaufendes Leisten zum Gegenstande haben (qui habent tempus successivum), z. B. Miethverträge, Gesellschaftsverträge, können der Natur der Sache nach nur für die Zukunft, aber nicht mit rückwirkender Kraft für die Vergangenheit (ex nunc, nicht ex tunc) aufgelöst werden. (p. 678.)

Art. 549. 550. 1378. 1382. 1153.

Wenn der Beklagte — zur Zahlung einer Summe Geldes verurtheilt, diese Zahlung zwar leistet, hinterher aber ein Rechtsmittel gegen das Urtheil ergreift (was bei uns namentlich da vorkommt, wo das Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat (§. 1180 ff. der Pr.O.), und wenn er sofort ein abänderndes Urtheil erwirkt, so entsteht die Frage, ob und von welcher Zeit an der Kläger das empfangene und dem Beklagten zurückgebende Geld verzinsen müsse?

Diese Frage ist in Bezug auf das nach der Zahlung ergriffene Rechtsmittel der Kassation schon mehrmals von dem Cassationshofe und zwar auf drei verschiedene Arten entschieden worden.

a) Am 13. Jenner 1812 wurde der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß der Empfänger die Zinsen nicht vom Tage des Empfanges schuldig sei, außer wenn er (in Gemäßheit des Art. 1378) in bösem Glauben sich befinde.

b) Durch ein Urtheil vom 11. November 1828 wurde erkannt, daß der Empfänger vom Tage des Empfanges die Zinsen zu bezahlen habe, weil durch den Vorbehalt des Rechtsmittels bewirkt werde, daß der Empfänger das Geld nicht in gutem Glauben annehmen könne.

c) Das neueste Urtheil des Kassationshofes hat einen Mittelweg eingeschlagen. Derselbe nahm zwar an, daß der Vorbehalt (Anmeldung) des Rechtsmittels keinen bösen Glauben herbeiführe, daß dagegen die Zustellung der Ladung vor den Kassationshof auf den Grund des ergriffenen Rechtsmittels jene Wirkung äußere, weil der Empfänger dadurch von den Mängeln in Kenntniß gesetzt werde, welche dem Urtheil — dem Rechtstitel des Empfanges — vorgeworfen werden (p. 576). (Vergleicht man bei uns den §. 257. Abs. 2. und dem §. 1171 der Pr O. mit L.R.S. 1139, und erwägt man, daß das Rechtsmittel jedenfalls eine gerichtliche Anforderung der Rückgabe des Gezahlten in sich begreift, so dürfte bei uns nach der unter c. angeführten Ansicht zu entscheiden sein.)

Art. 970. 1001.

Ein eigenhändiger letzter Wille, dessen Datum jünger ist, als der Todestag des Erblassers, ist gleich einem Testamente ohne Datum nichtig, so ferne es unmöglich ist, diesen Mangel aus dem Testament selbst zu verbessern.

Es ist nämlich von den französischen Gerichten allgemein angenommen, daß ein irriges Datum dann keine Nichtigkeit bewirkt, wenn in dem Testamente selbst die Mittel liegen, das richtige Datum zu bestimmen. (p. 433.)

(Vergleiche die Entscheidung des Oberhofgerichts, die Gültigkeit des Meixelschen Testamentes betreffend, Jahrbücher n. S. III. S. 274, und Laukhard's Rechtsfälle I.)

Art. 476. 482. (§ 260 ff. der Pr.O.)

Wenn Mann und Frau gerichtlich belangt sind und ein verschiedenes Interesse bei dem Rechtsstreite haben, müssen die richterlichen Verfügungen jedem Ehegatten besonders zugestellt werden, selbst wenn die Frau noch minderjährig ist und die Zustellung einer einzigen Ausfertigung begründet den Lauf der Fristen nicht. (Sie sind also wie andere Streitgenossen zu behandeln.) p. 445.

Art. 815. (577 b. q.)

Die zwischen Miteigenthümer vorgenommene Theilung des Genusses hindert keinen derselben, zu jeder Zeit auf Theilung des Eigenthums, beziehungsweise auf Versteigerung zu diesem Zwecke zu dringen, weil es sich dabei von ganz verschiedenen Rechten handelt. (p. 468)

(Es dürfte sich jedoch im einzelnen Falle fragen, ob nicht eine Abtheilung des Genusses für eine bestimmte Zeit zugleich eine Einwilligung in der Verschiedung der Grundtheilung für diese Zeit enthalte, welche wenigstens für 5 Jahre verbindlich ist.)

Art. 692. 693.

Wer eine Liegenschaft „mit allen ihren Zugehörungen nun in dem Zustande, in dem sie sich gegenwärtig befindet," veräußert, macht sich dadurch verbindlich, diejenigen Grunddienstbarkeiten, in deren Besitz das veräußerliche Grundstück zur Zeit der Veräußerung gegen ein anderes Grundstück sich befand, das ebenfalls Eigenthum des Verkäufers ist, anzuerkennen und zu dulden. Es bildet dieses Versprechen einen Erwerbtitel für jene Dienstbarkeit, und die Grundsätze über die Widmung sind hier nicht maßgebend.

Wenn also z. B. das verkaufte Gebäude Aussichtsfen-

Digitized by Google

ter hatte, so müssen diese vom Verkäufer als garantirt und somit das jus non attriis tollendi als vertragsmäßig erworben angesehen werden. (p. 491.)

Art. 1380.

Nach diesem Artikel ist der redliche Empfänger, der die Sache verkauft hat, nur verbunden, den Erlös herauszugeben — folgeweise ist der unredliche Empfänger verbunden, den wahren Werth zu ersetzen.

Wenn nun Jemand als alleiniger Erbe einer Verlassenschaft solche veräußert, während noch Miterben vorhanden sind, so kommt es darauf an, ob zur Zeit der Veräußerung der Verkäufer sich aus guten Gründen für den alleinigen Erben halten konnte, ob er in bona fide war, oder nicht. Das Letztere ist der Fall, so lange andere Erben vorhanden sind, welche eine Ansprache auf die Verlassenschaft machen und hierüber nicht definitiv entschieden ist. Der Verkäufer muß hier den Miterbn nicht bloß einen verhältnißmäßigen Antheil des Verkaufspreises, sondern des wahren Werthes der Erbschaftsstücke ersetzen. (p. 505.)

Art. 1131. 1133. 1180.

Ein Arzt hatte sich verbindlich gemacht, eine Dame, so lange er lebe gegen gewisse Vortheile ärztlich zu bedienen. Die Dame focht den Vertrag an, weil Niemand seine Dienste auf Lebenszeit vermiethen könne. Der Cassationshof verwarf die Anfechtung, weil der Art. 1780 nur auf Gesinde und andere Dienstleute, nicht aber auf freie Künste anwendbar sei. (p. 663.)

(Sehr wahr sagt Devilleneuve in der Anmerkung, daß dieser Entscheidungsgrund unrichtig sei, weil es überhaupt gegen die bürgerliche Freiheit streite, daß Jemand seine Dienste lebenslänglich versage. Allein es wird sich fragen, ob diese Ungültigkeit von beiden Theilen, oder nur von demjenigen vorgeschützt werden kann, der seine Dienste versprochen hat, so daß der Andere, wenn dieser seine Dienste fortleisten will, das Honorar fortzahlen muß?)

Theilungen.

Art. 887—889.

I. Zu dem Art. 889, welcher eine Ausnahme von dem Rechte der Umstoßung einer Erbschaftsveräußerung enthält, sagt Zachariä: er setze dreierlei voraus: Venditio omnium bonorum hereditariorum; Venditio periculo emtoris facta. Venditio sine froude facta.

Eine derartige Erbschaftsveräußerung wurde wegen Verletzung über $^5/_4$ angefochten und zur Befriedigung der Vorschrift des Art. 889 bemerkt, daß der kaufende Miterbe den Bestand der Verlassenschaftsmasse gekannt habe, und darum die zweite Voraussetzung einer Gefahrsübernahme von Seiten des Käufers nicht vorhanden gewesen sei.

Der Gerichtshof von Lyon nahm auf den Grund der Thatsache, daß die Erbschaft seit 10 Jahren eröffnet und ein Inventarium errichtet worden sei, an, daß der Käufer allerdings den Massestand gewußt und darum keine Gefahr übernommen habe, weshalb die Umstoßungsklage wegen Verkürzung zulässig, resp. der Art. 889 ihr nicht entgegen sei.

G.Adv. Torbe sprach der Kassation dieses Urtheils das Wort, weil

a) das Gesetz im Art. 889 zwar allerdings einen Glücksvertrag zwischen den Miterben vor Augen habe und ein solcher sich mit der Voraussetzung, daß der eine Theil nichts riskire, weil für ihn nichts Ungewisses vorhanden sei, nicht vertrage, weil jedoch

b) der Verkäufer ja ebenfalls den Massebestand gekannt haben könne, und das Gegentheil, nämlich eine Unkenntniß desselben nicht behauptet sei.

Der Kassationshof verwarf die Kassation, weil

a) per argumentum e contrario eine Erbschaftsveräußerung des Satzes 889 allerdings angefochten werden könne, wenn entweder eine Gefährde vorliegt, oder es an der Voraussetzung der Uebernahme einer Gefahr mangle, weil jedoch

b) die Frage, ob in concreto der letztere Mangel vorhanden sei, eine Thatfrage enthalte.

Anmerkung. Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung möchten erhebliche Bedenken obwalten.

Die Gefahr bei Uebernahme eines Erbrechts besteht wohl hauptsächlich darin, daß man den Verstorbenen auch in Ansehung Passiva und nicht blos in Ansehung der Activa repräsentiren muß. Daher das beneficium inventarii zur Abwendung der Gefahr, ex propriis zu haften. Eine etwaige Kenntniß der activa ist daher noch keine das Risiko aufhebende Gewißheit, sondern es müßte der Uebernehmende auch die passiva kennen. Gerade dieses ist aber selbst bei dem sorgfältigsten Inventarisiren unmöglich, und der Kass.-Kläger hat mit Recht bemerkt, daß darum die Gefahr stets vorhanden sei für denjenigen, welcher durch Ankauf eines Erbrechts für die passiva des defundi eingestanden sei.

Bemerkenswerth dabei ist noch, daß der Art. 889

a) von einem Verkauf des Erbrechts (droit successif) und

b) nur von einem solchen Vertrag unter Miterben spricht, während der Art. 888 einer, in einen Kauf eingekleideten Theilung erwähnt. Es hat auch schon manche Bedenken erregt, wie der Art. 889 auszulegen sei, wenn der Käufer kein Miterbe ist.

Das Erbrecht als die Befugniß und resp. Verbindlichkeit, einen Verstorbenen in activis und passivis zu repräsentiren, unterscheidet sich wesentlich von dem Eigenthumsrecht und den einzelnen Activen der Verlassenschaft, das man durch das Erbrecht erlangt. Wer Erbe geworden ist, kann sich einseitig seiner Haftbarkeit für die passiva nicht entschlagen, er kann nur die activa veräußern. Dagegen kann der zur Erbschaft Berufene auf dieselbe verzichten und die Folge davon ist, daß seine Qualität von Miterben erwächst, und die Gläubiger haben sich nur an letztere zu halten.

Sollte nun ein Erbe nicht auf sein Erbrecht um einen gewissen Preis zu Gunsten eines anderen Erben verzichten können, so daß der letztere auch den Creditoren gegenüber haftet? An eine Person, die nicht Miterbe ist, kann eine solche Veräußerung nicht geschehen, aber bei Miterben wird der Stand der Gläubiger nicht verschlimmert, und einen solchen Fall dürfte der Art. 889 vor Augen haben, indem er von dem Erbrecht selbst, und nur von Miterben spricht.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 5. Karlsruhe den 10. Juli 1841.

1) Art. 466. 840. 1125.

Nach Art. 466 ist eine nicht formgerechte Theilung, die einen Minderjährigen berührt, nur als fürsorglich zu betrachten.

Es wird nun in Frankreich sehr darüber gestritten, ob in einem solchen Falle alle Interessenten oder in Gemäßheit des Art. 1125 nur der Minderjährige eine neue Theilung verlangen könne.

Es liegen viele Entscheidungen für die letztere Ansicht vor.

Delvincourt hat die andere Ansicht aufgestellt und Duranton hat solche im wesentlichen adoptirt, jedoch mit der Modifikation, daß da, wo der Minderjährige selbst d. h. ohne Beizug des Vormundes einen Theilungsakt vornahm, nur er solchen anfechten könne, nicht aber die übrigen Interessenten.

In einem am 24. Juni 1839 beim Cassationshof zur Entscheidung gekommenen Falle hatten die Untergerichte erkannt, daß im Falle des Art. 466 nur der Minderjährige eine neue Theilung fordern könne. Der Cassationshof hat zwar die conträre Ansicht ausgesprochen, aber doch die Cassation aus einem andern Grunde verworfen. Er stellte nämlich die Ansicht auf, daß das Gesetz die Theilung nicht für endgültig, aber auch nicht für ungültig, sondern für provisorisch erkläre (also den Parteien die Absicht unterstelle, nur provisorisch und nicht endgültig zu theilen). Wenn jedoch beide Theile ausdrücklich erklärt hätten, die Theilung solle endgültig sein (im vorliegenden Falle war sogar ein Strafgeding wegen Nichtvollzug gesetzt), so finde der Art. 1125 seine Anwendung, d. h. nur der Minderjährige könne den Akt anfechten. Sirey 1839 I. p. 617.

2) Art. 887.

Gegen einen Theilungsakt, welcher nur einen Theil der gemeinschaftlichen Masse zum Gegenstande hat, findet die Verkürzungsklage nicht Statt.

Es muß das Ganze zusammen geworfen werden, um zu ermessen, ob eine Verkürzung vorliege, selbst wenn einer der Theilungsakte älter als zehn Jahre sein sollte. Sirey 1839 II. 191.

3) Art. 1338 — 1340.

Der Vollzug eines Testaments durch die Erben gilt nach Art. 1340 als Verzicht auf jeden Einwand gegen dasselbe.

I. Es ist nun sehr bestritten, ob dieses nur unter der Voraussetzung der Fall sei, daß die Erben den Mangel gekannt und resp. in der Anerkennungsurkunde, wo eine solche vorliegt, denselben angeführt haben oder ob auch ohne diese Voraussetzung dieser Verzicht wirksam sei?

Der Cassationshof sprach in einem Falle, wo es sich um die persönliche Unfähigkeit eines Testamentszeugen handelte, die Ansicht aus, daß der Vollzug des Testaments der Nichtigkeitsklage nicht im Wege stehe, es sei denn, daß die Erben jenen Mangel gekannt hätten.

Anmerkung. Das Unterrheinische Hofgericht hat laut Annalen von 1840 Nr. 19 die Ansicht ausgesprochen, daß zwar allerdings eine Kenntniß der Mängel auf Seiten der Erben nöthig sei, daß jedoch diese Kenntniß kraft des L.R.S. 1 b. da stets vermuthet werden müsse, wo die Nichtkenntniß ein bloßer Rechtsirrthum sein würde, während bei faktischen Irrthümern das Gegentheil eintrete, weil sonst zwischen den Sätzen 1340 und 1 b. ein Wiederspruch herrschen, resp. der Rechtsirrthum hier nützlich sein würde.

II. Eine Genehmigung liegt nicht schon darin, daß der Erbe, welcher die Mängel einer Schenkung kennt, und solche anfechten könnte, dieses unterläßt und sich passiv verhält, sondern es sind positive Handlungen dazu nöthig.

Eine genehmigende Handlung liegt indessen z. B. darin, daß der Erbe, welcher zugleich Gläubiger des Verstorbenen Schenkgebers war, den Schenknehmer auf Bezahlung der Forderung belangt, jedoch bindet eine solche Genehmigung nur ihn und ist den Miterben unnachtheilig. S. 659.

III. Eine zweifelhafte Frage ist es ferner, ob in dem freiwilligen Vollzug einer Schenkung von Seiten der Erben auch ein Verzicht auf die Minderungsklage wegen Verletzung des Pflichttheils liege?

Digitized by Google

Der Art. 1340 sagt — — — emporte leur renonciation à opposer soit *les vices de Forme*, soit *tout autre exception*.

Wäre das Minderungsbegehren, sagt Merlin, eine Einrede gegen die Klage auf Vollzug einer Schenkung, so müßte man unzweifelhaft jene Frage bejahen, allein — sagt er weiter, dieses ist nicht der Fall. Die Minderungsklage setzt im Gegentheil eine an sich gültige und wirksame Schenkung voraus, sie ist dieser Wirksamkeit untergeordnet, und findet nicht statt, wenn die Schenkung überhaupt ungültig ist. *)

So entschied auch der Cassationshof am 12. Juni 1839 und ließ selbst die Minderungsklage zu Gunsten des Erben zu, welcher (nach Absatz 2) durch Einklagung seiner Forderung die Schenkung stillschweigend genehmiget hatte. S. 659.

Anmerkung. Das unterrheinische Hofgericht hat l. c. ausgesprochen, die Erklärung des ausgeschlossenen Pflichterben, daß er eine Schenkung als gültig für sich anerkenne, welche ihm das Erbrecht gänzlich entzieht (eine Erklärung, welche nach Art. 1340 mit einem freiwilligen Vollzug auf gleicher Stufe steht), enthalte auch einen Verzicht auf seine Pflichttheilsansprüche, also auf die Minderungsklage, weil diese wenigstens eine theilweise Ungültigkeit der Schenkung zum Zwecke habe, also mit jener Erklärung im Wiederspruch sei, und weil der Erbe, da er die Gesetze kennen müsse, (Satz 1 b.) so anzusehen sei, als habe er seine Rechte auf den Pflichttheil und folgeweise die Verletzung derselben durch den Inhalt der Schenkung recht wohl gekannt, so lange er nicht einen faktischen Irrthum beweise.

4) Sirey 1839 tom. II.

(Entscheidungen der cours royales).

Art. 306 ff.

Scheidung von Tisch und Bett.

1. Hat solche für den schuldigen Theil den Verlust der vom anderen Ehegatten erlangten Vortheile im Gefolge, wie nach Art. 299 die gänzliche Scheidung?

Der Cassationshof hat dieses verneint (37 II. 164) aber die königlichen Gerichtshöfe erkennen nach der entgegengesetzten Ansicht. Insbesondere hat der zu Bordeaux, wohin der Cassationshof einen solchen Streit verwiesen hatte, gegen die Ansicht desselben entschieden.

Ebenso die zu Rouen und Caen. Gründe: Schenkungen seien wegen Undank wiederruflich und die Ausnahme des Art. 959 für Schenkungen zu Gunsten einer Ehe beziehe sich auf Schenkungen dritter, nicht der Ehegatten selbst.

Die Ursachen einer Ehescheidung seien stets auch Gründe für den Wiederruf wegen Undank und wenn aus eben diesem Grunde der Art. 299 den Verlust für den Fall gänzlicher Trennung ausgesprochen habe, so sei nicht einzusehen, warum derselbe nicht auch bei der nun aus gleichen Gründen statthabenden Scheidung von Tisch und Bett eintreten soll, da letztere — vordem allein zulässig — nur aus religiösen Motiven und der Gewissensfreiheit wegen beibehalten worden sei, was aber auf die rein bürgerlichen Folgen keinen Einfluß haben könne, welche in dem Art. 306 ff. keine andere Bestimmung, als sie bei der gänzlichen Trennung verordnet sei, erhalten hätten.

Bei der anderen Ansicht würde die Folge sein, daß der ursprünglich beklagte und schuldige Theil, welcher nach drei Jahren die gänzliche Trennung zu verlangen berechtiget ist, in der Folge durch dieses Begehren seine Vortheile behalten und der unschuldige sie verlieren würde. S. 14, 373.

2. Kann der Ehegatte, welcher eine solche Scheidung erwirkt hat, einseitig auf das Urtheil und dessen Folgen verzichten?

Bejaht wird dieß von Locré und Duranton, weil jeder auf seine Rechte verzichten könne.

Verneint von dem Gerichtshof zu Angers, weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein aufgelöster doppelseitiger Vertrag durch den Verzicht des Klägers nicht mehr hergestellt werden könne und auch keine Stelle des Code für diese Scheidung etwas anderes bestimme. Namentlich könne auch die dadurch herbeigeführte Vermögensabsonderung nach Art. 1451 nur durch beiderseitige Einwilligung wieder hergestellt werden. Der Art 310 leide auf diese Frage keine Anwendung und keinen Schluß darauf, daß der Kläger den anderen Ehegatten beliebig zur Fortsetzung der Ehe, dessen Trennung er selbst gefordert und bewirkt, verlangen könne. Seite 243.

3. Die von dem Manne wissentlich verübte Ansteckung der Frau mit einer Lustseuche ist ein hinreichender Scheidungsgrund. (Bordeaux) S. 391.

4. Wenn nach erfolgter Wiederaussöhnung eine neue Scheidungsklage erhoben und der frühere Klaggrund wieder mitbenutzt wird (Art. 266), so bedarf der letztere keines neuen Beweises, sondern es liegt dieser Beweis in dem ergangenen Urtheile (Paris) S. 370.

5. In Ehescheidungsprozessen ist die Eideszuschiebung kein zulässiges Beweismittel, den so allgemein auch der

*) Ein Trugschluß! denn hieraus folgt mehr nicht, als daß die Einrede der Verletzung im Vergleich zu der Einrede wegen „vices de forme“ eine eventuelle, nicht aber, daß sie gar keine Einrede ist, resp. keine sein könne. Nach der Ansicht Merlin's müßte der Pflichterbe bei einer formell gültigen Schenkung zuerst ausliefern (vergl. Art. 1004) und dann erst das Ausgelieferte im Weg der Minderungsklage wieder zurückfordern. Das kann aber doch wohl nicht sein!

Digitized by Google

Art. 1358 laute, beziehe er sich doch nur auf den Beweis der Verbindlichkeiten, der Zahlung und der Erwerbtitel, also auf pecuniäre Interessen. Auch finde hier keine freiwillige Uebereinkunft und folgeweise keine Eidesdelation statt. *) (S. 415). Grenoble.

5) Art. 1304.

1. Das Recht, eine elterliche Theilung wegen Verkürzung anzufechten verjährt in 10 Jahren, ist aber diese Zeit vom Theilungstage oder vom Todestage des Ascendenten zu rechnen?

Für das erstere ist der Cassationshof und ebenso hat der Gerichtshof von Toulouse entschieden, weil ein solcher Akt nicht provisorisch und widerruflich, sondern alsbald eben so endgültig sei, wie eine nach dem Tode des Ascendenten vorgenommene Theilung. S. 50.

Wenn jedoch der Ahne sich den Nießbrauch vorbehalten, beginnt die Verjährung erst mit dem Aufhören dieses Vorbehalts, weil dann erst die Klage frei und mit Sachkenntniß erhoben werden könne. (Bordeaux. S. 53).

2. Die einem Minderjährigen nach erreichter Großjährigkeit zukommenden Umstoßungsklagen betreffen entweder die von ihm selbst oder die von seinem Vormünder vorgenommenen Handlungen und entspringen letzteren Falls entweder

a. aus Nichtachtung der vorgeschriebenen Formen, oder
b. aus solchen Gründen, die mit der Minderjäheigkeit in keiner Verbindung stehen, sondern auch einem Volljährigen zukommen würden, z. B. Verkürzung bei einer formgerechten Theilung.

Es entsteht nun die Frage:

A. in Bezug auf die aus der Minderjährigkeit entspringenden Klagen: ob die angedrohte Verjährung nur auf die Umstoßung der von ihm selbst eingegangenen Verbindlichkeiten anwendbar sei, oder auch auf die Umstoßung der Handlungen des Vormunds, wenn solche wegen Mangels der gesetzlichen Form angefochten werden?

Auch auf letztere ausgedehnt vom Gerichtshof zu Nismes, weil der Art. 1304 keinen Unterschied mache. Der Vormund handelt im Namen des Minderjährigen und es sei kein Grund denkbar, warum für diese Anfechtung eine längere Zeit bestimmt sein sollte, als für die Anfechtung eigener Handlungen. Der Art. 475 hebe überdieß jeden Zweifel. Der Cassationshof hat eben so entschieden und dies ist auch die Meinung Solons. Anderer Ansicht sind Duranton 12, n. 545. Vazalle tom. 2, n. 557. (S. 369).

B. Hinsichtlich der vom Vormünder formgerecht vorgenommenen Handlungen verfügt der Art. 1314 in Bezug auf Veräußerungen und Theilungen, daß solche wie Handlungen gelten sollen, die der Minderjährige nach erlangter Volljährigkeit vorgenommen hat.

Lauft hier die Umstoßungsklage wegen Verkürzung u. s. w. vom Tage des Vertrags oder von der Volljährigkeit an?

Nur von der Volljährigkeit, weil gegen Minderjährige keine Verjährung lauft (Art. 2252) und der Art. 1314 nur sagt, daß dem Minderjährigen keine anderen Anfechtungsgründe zustehen als dem Volljährigen, keineswegs aber in Bezug auf die Verfolgung dieser Rechte eine Ausnahme von dem Art. 2252 enthält. (Nismes S. 462).

3. Die zehnjährige Versitzung wird in ihrem Laufe gehemmt, wenn ein Minderjähriger an die Stelle des klagberechtigten Contrahenten succedirt, weil der Art. 2252 allgemein spricht und für diesen Fall nirgends eine Ausnahme begründet ist. (Limoges S. 69).

6) Art. 475, 2121, 2135.

1. Das gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen erstreckt sich nicht allein auf die aus der Verwaltung entspringenden Forderungen, sondern auf alle Ansprüche jeder Art, welche der Mündel vor oder während der Tutel gegen den Vormünder erworben hat, und zwar vom Tage der übernommenen Vormundschaft. Dieß ist allgemein und namentlich auch von dem Cassationshof anerkannt. Der Gerichtshof zu Rouen hat diese Regel auch auf eine Schrnkung ausgedehnt, welche der Vormünder dem Mündel gemacht hat, weil der Art. 2121 allgemein von den Forderungen der Minderjährigen spreche und der Art. 2135, wenn er nur der Forderung aus der Verwaltung, als der gewöhnlichsten gedenke, darum den Art. 2121 nicht beschränke. S. 209.

2. Das Pfandrecht des Minderjährigen erlöscht in 10 Jahren nach erreichter Großjährigkeit, die Forderung mag auf was immer für einem Titel beruhen und selbst Verbindlichkeiten des Vormünders aus früherer Zeit betreffen, denn nach Art. 475 erlöschen die aus der Vormundschaft entspringenden Klagen aller Art, somit auch das Accessorium dieser Rechte. (Grenoble S. 107.)

3. Dagegen dauert das Pfandrecht stets diese 10 Jahre fort, selbst wenn der Vormünder seine Rechnung abgelegt hat und absolvirt ist. Wenn daher nachher eine Berichtigung der Rechnung vorgenommen und eine Rezeßschuld entdeckt wird, die auf Irrthum oder Betrug sich gründen läßt, so ist sie mit Pfandrecht versehen, denn eine solche Forderung entspringt aus Handlungen des Vormünders, die er während der Verwaltung und in Bezug auf diese vorgenommen hat, und wenn die Ablage der Rechnung jene Forderung nicht aufhebt, so hebt sie auch nicht deren accessorium auf. So entschied der Cassationshof, und in

*) Die nämliche Entscheidung ist für Baden im §. 568 der Prozeßordnung ausdrücklich gegeben. D. Red.

Digitized by Google

Uebereinstimmung damit Orleans S. 376 und Toulouse S. 523.

7) Art. 980.

Ein Testamentszeuge muß volljährig, Staatsunterthan und im Genusse der bürgerlichen Rechte sein.

Es kann nun sehr leicht der Fall vorkommen, daß ein Zeuge allem Anschein und der allgemeinen öffentlichen Meinung nach diese Erfordernisse hat, und nachher erweist sich das Gegentheil.

Es ist eine Streitfrage, in wie weit ein solcher error nach dem Grundsatze „error communiss facit jus" das Recht der Anfechtung aufhebe.

Grenier will diesen Grundsatz nur bei dem Irrthum übee die bürgerlichen Rechte, und nicht über Alter und Verwandtschaft des Zeugen zulassen. Es ist das eestere auch durch zahlreiche Entscheidungen füe richtig angenommen worden.

Dee Gerichtshof zu Aix hat jenen Grundsatz auf alle Mängel ausgedehnt, weil ein error communis, der eine Notorietät bilde, durch die Macht der Umstände als eine Ausnahme gelte, deren Anwendung im einzelnen Falle dem Ermessen der Gerichte heimgestellt sei, und es existire kein genügendee Grund dafür, dieses Schutzmittel des guten Glaubens auf einzelne Erfordernisse des Zeugen zu beschränken. (S. 85).

8) Art. 1382.

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit der Staatsschreiber für die Richtigkeit der von ihnen gefertigten Testamente hat sich in Frankreich die Praxis gebildet, daß es von dem Ermessen der Gerichte abhänge, zu bestimmen, wann und in welchen Fällen die Nullität dem Staatsschreiber *als ein Versehen* aufgerechnet werden könne.

Der Geeichtshof zu Douai hat z. B. in einem Falle, wo die Nichtigkeit des Testaments aus der Verwandtschaft eines Zeugen mit dem Legatar folgte, den Beweis des Notärs als Entschuldigung zugelassen, daß er seine Pflicht gethan habe, um die Verwandtschaftsveehältnisse des Zeugen kennen zu lernen. (S. 256).

9) Art. 2124, 26, 1338.

Ein Minderjäheigee verpfändet seine Liegenschaft. Nach erreichter Großjährigkeit verpfändet er dieselbe Sache einem Anderen, und genehmiget hintendrein die in der Minderjährigkeit erfolgte Verpfändung. Welcher der beiden Pfandgläubiger geht dem anderen vor? Hat die Genehmigung rückwirkende Kraft, oder kann der spätere Gläubiger dem früheren die Ungültigkeit des Pfandvertrags wegen Minderjährigkeit des Bestellers entgegenhalten?

Eine große Contreverse. Der Gerichtshof von Paris hat auf den Grund der Bestimmung des Satzes 1338, daß eine Genehmigung den Rechten Dritter nicht schaden soll, dem zweiten Pfand den Vorzug gegeben. S. 6.

Merlin, Toullier, Troplong sind anderer Meinung, weil die aus der Mindeejährigkeit fließende Nullität nur von dem Minderjährigen selbst oder seinen Rechtsfolgern geltend gemacht werden könne, nicht abee von anderen Personen kraft eigenen Rechts, also auch nicht mehr nach erfolgter Genehmigung. Die citirte Bestimmung des Art. 1338 sei nur anwendbar 1) bei absoluter Nichtigkeit eines Akts, weil das, was vor der Genehmigung gar nicht existirt habe, nicht eatihabirt werden könne mit Rückwirkung auf einen Zeitpunkt, wo Jeder den Akt als nicht vorhanden betrachten könnte.

2) Wenn dee — ratihabirte — Vertrag a non domino ausgegangen sei.

Wenn der Minderjährige innerhalb 10 Jahren den Akt nicht anfechte, so liege hierin eine stillschweigende Genehmigung, und da solche unstreitig gegen die späteren Gläubiger wirke, so müsse auch eine ausdrückliche Genehmigung diese Wirkung haben.

Devilleneuve behauptet in der Anmeekung: der spätere Pfandgläubiger könne kraft eigenen Rechts die Genehmigung unwirksam machen, denn sein mit dem Großjährigen abgeschlossener Vertrag enthalte einen stillschweigenden Verzicht auf jede Genehmigung eines früheren Pfandrechts.

So sei es auch mit dem Verkauf eines Grundstücks der Fall, wie der Cassationshof selbst schon ausgesprochen. Ein während der Minderjährigkeit abgeschlossener Verkauf müsse dem während der Großjährigkeit erfolgten nachstehen, und die spätee Genehmigung könne dem, welcher wirklich Eigenthümer gewoeden sei, nicht schaden. (actus medius interveniens impedit ratificationem retrotrahi.)

10) Art. 892.

Die Veräußerung eines Looses gilt zwar als Verzicht auf die Anfechtung einee Theilung, sofern der Anfechtungsgrund auf Betug odee Zwang beruht, allein diese Bestimmung des Art. 892 findet nach Wort und Geist keine Anwendung auf die Anfechtung einer Theilung wegen Verkürzung. (Bordeaux S. 51. Ebenso der Cassationshof und Rismes S. 461.)

11) Art. 1722.

Der Pächter eines Wasserwerks kann keine Entschädigung oder Pachtminderung aus dem Grunde veelangen, weil die Abnahme des Wassers die Triebkraft des Weeks vermindert hat, denn es liegt hiee kein interitus rei, sondern nur eine, etwa dem Art. 1769 unterworfene Verringeeung des Erträgnisses vor. (Rouen S. 94.) Stabel.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 6. Karlsruhe den 17. Juli 1841.

1) Art. 831 ff.

Bei Theilung einer Erbschaft kann jeder Theilhabee seine Rate in natura verlangen, wo eine solche Theilung möglich ist, andernfalls tritt der Verkauf ein.

Bei Theilungen nach Stämmen kommt es sehr häufig vor, daß eine Stücktheilung unter die ganzen Stämme möglich ist, daß jedoch die Aftertheilung unter die einzelnen Mitglieder eines Stammes nicht mehr im Stück geschehen kann.

Muß hier die Stücktheilung zwischen den Stämmen selbst unterbleiben und der Verkauf im Namen der ganzen Masse angeordnet — oder muß den einzelnen Stämmen überlassen werden, das im Stück ihnen zugewiesene auf ihre Kosten der weiteren Vertheilung wegen zu versteigern?

Der Gerichtshof von Bordeaux hat

1. bei einer Erbschaftstheilung zwischen väterlichen und mütterlichen Seitenverwandten, wo jener Fall eintrat, ausgesprochen, daß die Ausfertigung der Loose nach Stämmen unterbleiben und die Versteigerung behufs der Massetheilung überhaupt vorgenommen werden müsse, weil sonst der eine Stamm die Kosten der Versteigerung allein tragen müßte und mit Geld ausgeliefert würde, während der andere Stamm seinen Antheil im Stück erhalte. S. 94.

Derselbe Gerichtshof hat,

2. bei einer ehlichen Gemeinschaftstheilung zwischen dem überlebenden Ehegatten und mehreren Erben des Verstorbenen das Gegentheil ausgesprochen und den Antrag der Erben auf Versteigerung der ganzen Masse verworfen. S. 197.

In der Anwerkung hiezu wird die letzte Ansicht als die richtige dargestellt, weil der Art. 831 verfügend, daß so viele Loose gemacht werden sollen, als theilende Köpfe oder Stämme vorhanden sind, deutlich zu erkennen gebe, daß beim Vorhandensein von Stämmen auf die einzelnen dazu gehörigen Köpfe bei Fertigung der Loose keine Rücksicht genommen werden soll, sondern nur darauf, ob „zwischen den Stämmen" eine Theilung im Stück thunlich sei. Der Umstand, daß die einzelnen Köpfe eines Stammes nicht weiter in natura theilen können, dürfe den anderen Erben nicht nachtheilig sein. (Auch der Art. 836 dürfte zu berücksichtigen sein und bei ehelichen Gemeinschaftstheilungen noch der Umstand, daß die Erben des verstorbenen Ehegatten nicht mehr Recht haben können, als der Erblasser selbst gegenüber von seinem Contrahenten gehabt hätte.

2) Art. 502, 513, 1328.

1. Der Mundtodte erkennt einen Schuldschein, dessen Datum älter ist, als die Mundtodterklärung, als ächt an; ist dadurch der Beweis erstellt, daß die Schuld vorher contrahirt wurde, oder kann der Beistand einen besseren Beweis über das Datum der Entstehung verlangen?

Die Rücksicht, daß bei der vollen Beweiskraft der Urkunde der Zweck des Gesetzes gar leicht vereitelt werden kann, indem der Mundtodte oder dessen Gläubiger nur ein früheres Datum beizusetzen braucht; macht diese Frage zweifelhaft.

Der Gerichtshof von Orleans hat sich für die volle Beweiskraft ausgesprochen.

Gründe: 1. In dem Verluste des Rechts, de novo zu contrahiren, sei nicht nothwendig die Unfähigkeit enthalten, eine Urkunde über ältere Verbindlichkeiten als ächt anzuerkennen.

2. Die Rücksicht, daß der Zweck des Gesetzes vereitelt werden könnte, könne nur dem Gesetzgeber zur Abhülfe eines solchen Mißstandes veranlassen, nicht aber den Richter berechtigen, solches auf Kosten der Gläubiger zu thun.

Betrug werde nicht vermuthet und es könne einem Gläubiger, der bona fide und unter der gesetzlichen Voraussetzung, daß eine Privaturkunde auch ohne sicheres Datum gegen seinen Mitcontrahenten vollen Beweis habe, durch die Mundtodterklärung die Beweiskraft seiner Urkunde nicht entzogen werden.

Der Beistand sei kein Dritter und er müsse den Betrug beweisen. S. 326.

Diese Frage ist übrigens auch schon anders entschieden worden.

2. Der mit einem gerichtlichen Beistand versehene kann

Digitized by Google

gültig eine Ehe eingehen und Niemand kann aus diesem Grund eine Einsprache ableiten.

Wie ist es aber mit den Vermögensfolgen, die aus der Eingehung der Ehe entspringen, wenn kein Ehevertrag errichtet wird? Eine schwierige Frage. Der Gerichtshof von Caen hat ausgesprochen, daß die Eingehung einer Ehe keine anderen Wirkungen auf das Vermögen haben könne, als solche, welche überhaupt ohne Mitwirkung des Beistandes hätten eintreten können, also insbesondere keine Veräußerungen. Aber nach welchem Regime sind alsdann die Ehegatten verheirathet?

In der Anmerkung wird angedeutet, daß hier nur die Annahme der völligen Vermögensabsonderung geeignet sei, alle mit dem Art. 513 in Widerspruch stehenden Folgen zu verhüten. S. 275.

3) Flozbares Wasser. Competenzconflikt.

Guyot hatte an einem solchen Wasser Vorrichtungen gemacht, welche dessen Lauf veränderten und das Holzflößen verhinderten.

Foulon ließ diese Arbeiten zerstören und wurde deßwegen von Guyot mit einer Besitzklage belangt. Die Competenz der Gerichte wurde bestritten, aber der angeregte Conflikt verworfen, weil die Klage keinen anderen Zweck habe, als die Anerkennung des Besitzstandes, in welchem der Kläger dem Beklagten gegenüber geschützt werden soll, und dadurch dem Recht der Regierung, im öffentlichen Interesse einzuschreiten, kein Eintrag geschehe. S. 59.

4) Art. 2063.

Kann man auf die Rechtsmittel gegen ein Urtheil, das den persönlichen Verhaft ausspricht, gültig verzichten?

Verneint von Nancy, Rouen und Paris, weil die persönliche Freiheit kein Vertragsgegenstand sein könne, und daher auch nicht auf ein Rechtsmittel verzichtet werden könne, wo mit Unrecht auf Verhaft erkannt sei. S. 70. 502.

Wie ist es aber bei versäumten Fristen?

In diesem Falle hat der Gerichtshof von Rouen die Rechtskraft des Urtheils in Schutz genommen. S. 335.

(Da die Versäumung der Fristen ein stillschweigender Verzicht ist, so dürfte in beiden Fällen stets nur dieselbe Regel anwendbar sein).

5) (§. 247 der Prozeßordnung).

Der Gerichtshof von Orleans hat ausgesprochen, daß eine Klage, welche nur die Auslegung eines Vertrags, nicht aber ein wirklich vorhandenes Interesse, eine daraus folgende Leistung bezwecke, vor den Gerichten nicht erhoben werden könne, und hat deßhalb das Begehren des Klägers, auf den Grund eines Gesellschaftsvertrags für den Chef der Gesellschaft erklärt zu werden, als unzulässig verworfen (S. 378).

(Gewiß kann nur das Geben, Thun oder Lassen, nicht aber der Grund einer solchen Verbindlichkeit, sei er nun von Auslegung, Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Vertrags abhängig ohne eine solche gleichzeitig daraus abgeleitete Folge, Gegenstand eines Klagbegehrens sein).

6) Art. 1997. 2002.

Die Vertreter einer Masse, welche in dieser Eigenschaft einen Anwalt zur Prozeßführung beauftragen, sind zwar als Gläubiger der Masse beim Ausgang des Prozesses betheiliget, aber darum für die Kosten nicht sammtverbindlich, weil die Masse Partei und Vollmachtgeberin ist, und nicht die einzelnen Kreditoren für sich. (Paris S. 116, und ebenso der Cassationshof in ähnlichen Fällen.)

7) Art. 2263.

Kann nur der persönliche Schuldner einer Rente, oder kann auch der dritte Besitzer des Grundstücks, auf welchem die Rente haftet, auf Ausstellung einer neuen Rechtsurkunde belangt werden?

Bejaht vom Gerichtshof zu Nancy (S. 117), weil der dritte Besitzer durch Verjährung die Freiheit seines Guts erwerben könne, und der Gläubiger daher gegen ihn dieselben Mittel der Unterbrechung haben müsse, wie gegen den ursprünglichen Schuldner, nämlich das Recht eine Anerkennung zu fordern, daß das Grundstück mit einer Rente belastet sei.

Anderer Meinung (und wohl mit Recht) ist Troplong, weil der Art. 2263 nur von dem Schuldner spreche, und der dritte Besitzer, wenn er sich nicht zum persönlichen Schuldner gemacht, nur wie der Pfandklage belangt werden könne.

Es wäre sonst nicht die Erneuerung, sondern die Veränderung einer älteren Urkunde durch Einstellung eines neuen Schuldners vorhanden.

Wenn sich übrigens der Dritte persönlich verpflichtet, so entsteht die weitere Frage, von wo an sind die 28 Jahre zu zählen? Vom Datum des ursprünglichen Titels oder dem der Uebernahme?

Für das Letztere hat sich der Cassationshof 31, 1, 184 ausgesprochen und folgeweise obige Ansicht Troplong's gebilligt, weil man sonst offenbar vom ursprünglichen Titel an rechnen müßte.

(Bei dinglichen Lasten, Gülten ꝛc. können natürlich diese Zweifel nicht entstehen.)

8) Art. 789.

Ueber die Auslegung und Anwendung der Bestimmung, „daß die Befugniß eine Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen durch Verjährung erlösche," herrschen gar verschiedene Ansichten.

Digitized by Google

Einige behaupten, der Erbe sei nach Ablauf der Verjährungszeit gar nicht mehr als Erbe, sondern so zu betrachten, als ob er niemals zu der Erbschaft berufen gewesen. Das „le mort saisi le vif" lasse die Folgerung nicht zu, daß der kraft Gesetzes eingewiesene Erbe durch Stillschweigen die Eigenschaft als Erbe behalte, und in Folge des verjährten Ausschlagungsrechts diese Eigenschaft andern gegenüber, z. B. den Gläubigern, fortan **behalten** müsse, wie dieß andere behaupten, denn jener Grundsatz sei nicht zum Nachtheil, sondern zum Vortheil des Erben angenommen worden.

Eine weitere Ansicht geht dahin, daß der Art. 789 nur zwischen denjenigen Personen Anwendung finde, die sich als Erben gegenüber stehen, und namentlich zum Vortheil solcher Personen, die als Erben die ganze Verlassenschaft in Besitz genommen haben, obwohl eine dritte Person **Miterbe** oder gar nächster und alleiniger Erbe ist. Dagegen sollen alle anderen Personen, z. B. Gläubiger, sich nicht auf den Artikel berufen können. Wenn also Niemand die Erbschaft angetreten hat, behält der wahre Erbe seine Rechte.

Noch eine andere Ansicht geht dahin, der Erbe verliere das Recht einzuschlagen dem gegenüber, welcher ein Interesse darin habe, daß er Erbe bleibe, und umgekehrt das Recht anzutreten, **dem gegenüber**, dessen Interesse die Nichtannahme des Erben erheische. Er wäre also einerseits Erbe, andererseits wäre er es nicht.

(Unser Zusatz 798a. sagt in Bezug auf den Vorsichtserben, der die Fristen versäumt hat,

„das Stillschweigen eines Erben der seine Erklärung versäumt, muß vom Richter zum Vortheil des betreibenden Theils ausgelegt werden.")

In einem Falle, wo der Miterbe die **ganze** Verlassenschaft in Besitz genommen, aber noch nicht so lange besessen hatte, um die **erwerbende** Verjährung für sich geltend zu machen, wurde der andere Miterbe mit der Theilungsklage abgewiesen, weil er sich 30 Jahre lang nicht gerührt hatte. Rouen (S. 129.)

9) Art. 843, 851.

Wenn die Einstellung eines Mannes für einen Militzpflichtigen Sohn im Interesse der Familie geschehen ist, so braucht der Sohn die Einstandssumme nicht einzuwerfen, denn, wo der Vater der Dienste des Sohnes bedarf, und ihn deshalb loskauft, ist diese Zahlung kein Geschenk, sondern eine antizipirte Belohnung für die vom Sohne zu leistenden Dienste. (Douai S. 132.)

10) Art. 644, 645.

Wenn derjenige, dessen Grundstück ein Wasser durchströmt, das ihm zur Wässerung dient, ein weiter rückwärtsliegendes Grundstück erwirbt, und mit dem vom Wasser durchströmten vereinigt, so ist er berechtiget, auch das auf diese Weise verbundene Grundstück zu bewässern, wenn nur dem Wasser der gewöhnliche Lauf wieder gegeben wird, denn das Gesetz bestimmt keine Grenze für die Größe des Grundstücks, und der tieferliegende Besitzer kann sich über nichts beschweren sobald der natürliche Ablauf des Wassers nicht geändert wird.

Selbst ein Urtheil, durch welches dem früheren Eigenthümer des rückwärtsgelegenen Guts das Wässern untersagt worden ist, wirkt nicht gegen den neuen Erwerber, weil damals die Grundstücke noch nicht vereinigt waren, und deshalb das hintere nicht an das Wasser grenzte. (Limoges S. 133.) Anderer Meinung sind Proudhon und Duranton.

11) Art. 2098.

Wenn dieser Artikel verfügt, daß der Staatsschatz niemals zum Abbruch früher erworbener Rechte dritter Personen einen Vorzug erlangen könne, so ist dies dahin zu verstehen, daß die **Gesetze**, welche die Forderung und das Vorzugsrecht im Einzelnen begründen, den schon vor deren Erlassung vorhandenen Gläubigern keinen Eintrag thun sollen, nicht aber, daß die **Thatsachen**, aus welchen jene Forderung entsteht, älter sein müssen, als die Titel der übrigen Kreditoren.

So genießen z. B. die Untersuchungskosten wegen Zahlungsflüchtigkeit, zu deren Zahlung ein Handelsmann nach Erlassung des Gantedikts verurtheilt wird, Vorzugsrecht vor allen damals vorhandenen Kreditoren, denn durch das Ganterkenntniß allein ist noch keinem Gläubiger ein Vermögenstheil als Zahlung zugewiesen, und zudem sind die Handlungen, welche die Untersuchung hervorgerufen haben, älter als das Gantedikt. (Paris S. 136.) Troplong ist auch dieser Ansicht.

12) Art. 895, 967.

Damit eine Urkunde als letzter Wille gelten kann, muß aus derselben deutlich hervorgehen, daß der Aussteller **auf den Todesfall** zu verfügen die Absicht hatte.

So reicht z. B. die Erklärung, „ich verspreche dem X alles Vermögen zu überlassen," nicht hin, um jene Absicht zu erkennen. (Grenoble S. 137.)

13) Art. 1356, 2044.

Eideszuschiebung ist zum Beweise eines Vergleichs zulässig. (Nancy S. 140.)

14) Handelssätze 206, 208.

1. Beim Dasein eines **einzigen** Gläubigers kann gegen den insolventen Handelsmann keine Gant erkannt werden, weil diese keinen Zweck hat, und der Kreditor seine Rechte ohne **Concurs** verfolgen kann. (Paris S. 139.)

2. Die gegen einen Handelsmann ausgesprochene Gant kann durch Einwilligung der Gläubiger nicht beseitiget,

Digitized by Google

und es können dadurch die Wirkungen jenes Erkenntnisses auf die Person und die Rechte als Handelsmann nicht aufgehoben werden. Es kann dies nur in Frage der Wiederbefähigung geschehen, weil hier das öffentliche Interesse mit dem der Gläubiger konkurriert. (Rouen S. 148. Auch Cassationshof.)

15) Art. 636, 656, 661.

1. Die Verbindlichkeit, zur Erbauung und Unterhaltung der Scheidewand der Häuser und Gärten (maisons, *cours* et jardins) wird von Einigen, namentlich von Toullier, ganz streng und wörtlich ausgelegt, so, daß jeder Raum, der kein Hof oder Garten ist, namentlich aber angebaute Felder und Wiesen von der Anwendung dieser Regel ausgeschlossen bleiben. In der Praxis wird mehr auf den Zweck des Gesetzes, die Sicherheit und Ungestörtheit der Bewohner zu befördern, Rücksicht genommen und daher auf alle Zugehörden der Wohnungen ausgedehnt, wenn sie auch nicht gerade einen Garten oder Hof sind. Ungeachtet dieses Grundsatzes hat jedoch der Gerichtshof von Limoges ausgesprochen, daß der Besitzer eines Hauses nebst einem Zimmerplatz, an welchen ein Wiesengut (prairie) grenzt, von dem Besitzer des Letztern nicht zum Aufbau einer Mauer angehalten werden könne, weil selbst die ausdehnende Erklärung hier nicht anschlage. (S. 139.)

2. Eine Hecke kann in Städten und in Vorstädten nicht die Stelle einer Scheidewand vertreten, sondern man kann statt derselben den Aufbau einer Mauer verlangen, weil durch eine Hecke der Zweck des Gesetzes (vergl. 1.) nicht erreicht wird. (Amiens S. 157.)

3. Kann man sich von dieser Verpflichtung dadurch frei machen, daß man auf den Grund und in Anwendung des Art. 656 auf den Antheil am Boden, den die Mauer einnehmen soll, sowie auf die Gmeinschaftlichkeit derselben Verzicht leistet?

Dies ist eine sehr bestrittene Frage. In Bordeaux wurde unterschieden, ob es sich von dem Neubau oder von der Wiederherstellung einer solchen Mauer handle, und nur im letzteren Falle wurde das Recht des Art. 656 zugelassen.

Der Cassationshof (28, 1. 292.) hat diese Unterscheidung verworfen und den Verzicht allgemein in Städten wie auf dem Lande für zuläßig erachtet. Zu Amiens dagegen hat man sich dafür erklärt, daß der Art. 656 auf den Fall des Art. 663 keine Anwendung leide, weil der Verlust, den der Verzichtende leide, mit dem Vortheil den er erhalte, in gar keinem Verhältniß stehe, daher der eine Nachbar stets vom Verzicht Gebrauch machen und so den Zweck des Gesetzes vereiteln werde; weil ferner der Art. 656 nur von einer schon vorhandenen Mauer sprechr, und dem nachfolgenden Art. 663 nicht derogiren könne. (S. 157.)

4. Wer eine Grenzmauer gemeinschaftlich machen will, muß jedenfalls die Kosten der Schätzung tragen, wenn er auch mehr anbietet, als die Schätzung nachher beträgt, weil der Eigenthümer der Mauer durch das Anbieten allein den Werth nicht kennen lernt, und an dasselbe nicht gebunden sein kann. Der Erwerber muß den Preis und folgeweise auch die Kosten, um denselben zu bestimmen, bezahlen. (S. 417. Riom.) Anderer Meinung sind Duranton, Toullier und Solon.

16) Art. 841.

Der Zweck des Art. 841, wornach die Miterben das Einstandsrecht im Fall einer Veräußerung der Rechte durch einen Miterben haben, soll demselben als Mittel dienen, die Einmischung fremder Personen in die Familienangelegenheiten und insbesondere das Recht derselben, sich in die Theilung einzudrängen, zu verhüten. Es mag daher

1. die Veräußernng den Gesammtantheil des Erben im Allgemeinen, oder nur bestimmte einzelne Stücke der Erbschaft zum Gegenstande haben, so muß das Gesetz Anwendung finden, um die Gemeinschaft mit dem Fremden eingehen zu können (vorausgesetzt, daß die Cession einzelner Stücke oder des Antheils daran auf eine Weise geschah, daß eine Einmischnng dadurch möglich wird). (Pau. 153).

2. Wenn übrigens die Miterben Handlungen vorgenommen haben, welche eine stillschweigende Einwilligung in die Cession resp. in die Zulassung eines Fremden zu der Theilung mit ihnen beurkunden, so sollen sie als auf das Einstandsrecht verzichtend angesehen werden, z B. wenn sie den Käufer bei einzelnen Theilungsgeschäften ohne Einsprache mitwirken lassen. (Orleans 386).

Duranton glaubt, daß das Einstandsrecht bis zue Beendigung der Theilung zugelassen werden müsse und so hat auch der Cassationshof schon mehrmals erkannt, während Toullier und Benoit für obiges Erkenntniß sind.

17) Art. 1554. 1557.

Die bekannte Streitfrage, ob in den Fällen, wo ein Verkauf der ebesteuerlichen Grundstücke gesetzlich erlaubt ist, dieselben auch verpfändet werden dürfen, wurde von dem Gerichtshof zu Poitiers verneinend entschieden, weil es sich von zwei verschiedenen Rechten handle, und das Gesetz nur von dem einen spreche.

Der Cassationshof hat in neuester Zeit eben so erkannt. (S. 233).

18) Art. 1674, 1658, 1976.

1. Der Rentenkauf, obwohl ein Glücksvertrag, kann dennoch wegen Verkürzung im Preis angefochten werden, sobald aus irgend einem Grunde die Verhältnisse der Art sind, daß kein Wagniß mehr vorhanden ist nnd der übertriebene Gewinn des Käufers offen vorliegt. S. 183. (Nancy. Auch Cassationshof.)

2. Dagegen ist die Verkürzungsklage nicht zulässig wegen Veräußerung eines Wiederkaufsrechts. (Bordeaux 183).

Stabel.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 7. Karlsruhe den 24. Juli 1841.

1) Art. 2181. 2199.

1. Verträge über Veräußerungen sollen ihrem ganzen Inhalte nach transcribirt werden. Wie, wenn dem Pfandgerichte ein unvollständiger Auszug produzirt wird? Kann es demohngeachtet zum Eintrag gerichtlich angehalten werden, gleichviel was daraus entstehen möge, oder kann es den Eintrag verweigern?

Für das letztere der Gerichtshof zu Orleans. Der Pfandschreibee dürfte zwae nicht den Inhalt des Akts prüfen und darum den Eintrag zurückweisen, allein wo es sich um die äußeren Erfordernisse und namentlich um die Vollständigkeit des Aktes handle, könne man ihn nicht zwingen, unbedingt das Vorgelegte einzutragen, weil hier seine eigene Verantwortlichkeit im Spiel sei. S. 343.

2. Wenn zwei Verteäge in einem Akte aufgenommen sind, so muß der ganze Akt eingetragen werden, sobald irgend ein Zusammenhang zwischen den Verträgen besteht. S. 241.

2) Art. 1409. (1420 a.)

Welchen Einfluß hat es auf die Belastung der Gütergemeinschaft durch die Frau, wenn die Ehegatten vermöge Uebereinkunft getrennt von einander wohnen, ohne geschieden zu sein?

Toullier glaubt, daß hier aller Einfluß der Frau aufhöre, sobald eine freiwillige Trennung stattfinde, daß insbesondere die Schulden für ihre Bedürfnisse u. s. w. nicht auf Rechnung der Gemeinschaft fallen, denn diese Trennung gebe hinreichend zu erkennen, daß sich die Eheleute über die Unterhaltung der Frau verglichen haben und man könne nicht sagen, daß die Frau, indem sie ihre Bedürfnisse auf Credit befriedige, unter der Aufsicht ihres getrennt lebenden Mannes handle, folglich sei sie allein verpflichtet.

Dee Gerichtshof zu Bordeaux hat in einem Falle, wo der Mann sich weigerte, die Frau zu sich zu nehmen, und ihr Mittel zur Unterhaltung zukommen zu lassen, ausgesprochen, daß die Schulden, welche die Frau unter diesen Umständen zu ihrer Erhaltung contrahire, der Gemeinschaft zur Last fallen.

(Die einmal bestehenden Rechtsverhältnisse dee Ehegatten können durch keine Handlungen derselben — am wenigsten Dritten gegenüber, abgeändert (1395), sie können nur durch Vermögensabsonderung aufgelöst werden. Wie sollte nun eine, den Gesetzen ohnedieß nicht entsprechende, freiwillige und blos faktische Trennung der Eheleute, als eine Begebenheit angesehen werden, welche die gesetzlichen Folgen der Gütergemeinschaft zu modificiren und die Rechte drittee Personen zu schmälern vermöchte?) S. 416.

3) Art. 350, 913, 920.

Das Adoptivkind hat die gleichen Rechte, wie ein ehliches. Kann es auch die Schenkungen, welche sich die adoptirenden Ehegatten im Heirathsvertrage gemacht haben, wegen Verletzung des Pflichttheils anfechten, soeen sie diesen übersteigen? Bejaht vom Cassationshof und den Gerichtshöfen zu Montpellier und Paris (S. 200). Anderee Meinung sind Toullier, Grenier und Delvincourt.

4) Art. 2074, 2084. Handelsrechtsatz 93, 95.

Nach Art. 2084 sollen die Verordnungen über den Faustpfandvertrag auf Handelsgeschäfte, auf öffentliche Leih- und Pfandhäuser, soweit solche eigenen Gesetzen und Verordnungen unterliegen, nicht anwendbar sein.

In dem Code de com. sind nun keine besondeen Bestimmungen für derartige Geschäfte im Handel enthalten, und die früheren Gesetze sind aufgehoben, woraus nach Urtheilen des Cassationshofs und des Gerichtshofs zu Douae folgt, daß der Art. 2074 auch auf Verträge diesee Art im Handel angewendet werden muß. (S. 68).

Es ist dieß auch für den im Art. 93 des Code de com. vorgesehenen Fall speziell vorgeschrieben, nämlich für das Pfandrecht wegen Darleihen, Vorschüsse und Zahlungen des Zwischenhändlers oder Aufbewahrers auf Waaren, welche auf Verlangen einer am Wohnort des Besorgers sich aufhaltenden Person, hinterligt, oder mit Beschlag belegt worden sind.

Digitized by Google

Dagegen sind diese Formalitäten nicht nöthig in dem Falle, von welchem der Art. 93 des Code de com. spricht, wenn nämlich der Commissionär Vorschüsse auf Waaren gemacht hat, die an ihn abgesendet und durch Uebergabe der Frachtbriefe fingirt in seinen Besitz gekommen, oder die ihm wirklich übergeben worden sind, so lange sie zu seiner Verfügung liegen, weil hier zur Begründung und zur Wahrung des Vorzugsrechts keine öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist. (S. 239).

Was ferner

1. den in eben diesem Artikel gebrauchten Ausdruck „Vorschüsse (avances)" betrifft, so hat die Praxis — nach einigem Schwanken über die Auslegung, sich dahin festgestellt: daß darunter nicht nur die Auslagen zu verstehen seien, welche aus dem Vollzug eines erhaltenen Mandats entspringen, daß vielmehr dieser Ausdruck im allgemeinsten Sinn zu nehmen sei, und alle Zahlungen oder Vorschüsse in sich begreife, welche aus den Händen des Commissionärs zum Vortheil des Committenten in Bezug auf bestimmte Waaren gemacht werden.

So hat z. B. das Haus Lafitte zu Paris dem Handelsmann Duval zu Dieppe Vorschüsse für seinen Handelsbetrieb gemacht, und es wurden ersterem zur Sicherheit Frachtbriefe über bestimmte dem Hause Duval gehörige und auf der Reise befindliche Waaren zur Verfügung gestellt. Der Gerichtshof zu Rouen hat ausgesprochen, daß Lafitte auf diese Weise allerdings ein Vorzugsrecht auf jene Waaren erlangt habe, wenn gleich die Vorschüsse keine aus dem Mandat entspringende Forderungen waren, und vergeblich wurde vorgeschützt, daß doch eigentlich nur ein gewöhnlicher Faustpfandvertrag vorliege, da die Zahlungen keine Vorschüsse im Sinne des Art. 93 seien.

Lafitte hatte jedoch die Unvorsichtigkeit begangen, sich nach dieser ursprünglichen Uebereinkunft zur Umtauschung der Frachtbriefe mit anderen, d. h. auf eine andere Ladung Waaren sich beziehenden Frachtbriefen bewegen zu lassen, weil Duval gute Gelegenheit erhielt, die ersteren Waaren zu verkaufen, und auf diesen Umstand hin wurde ihm das Vorzugsrecht abgesprochen, weil solches nicht willkührlich auf andere Waaren übertragen werden könne, sondern nur diejenigen ergreife, welche ursprünglich zur Sicherheit der Vorschüsse bestimmt gewesen seien. S. 33.

2. Es wurde ferner angenommen, daß zur Anwendung des Art. 93 keineswegs erforderlich sei, daß der Commissionär den Auftrag habe, die an ihn adressirte Waare zu verkaufen, wenn sie nur in der Bestimmung, verkauft zu werden, von einem Orte zum anderen spedirt und dem Commissionär zur Verfügung gestellt werden.

3. Ebenso hat der Gerichtshof zu Nancy ausgesprochen, daß das Vorzugsrecht des Art. 93 nicht nur dem eigentlichen Commissionär, sondern auch dem Vermiether des Lagers zustehe, welcher sich in den nämlichen Verhältnissen befinde, wie der Commissionär, denn der Zweck des Gesetzes liege in der Begünstigung des Verkehrs durch Erleichterungen der Darleihen und der Artikel habe nur diejenigen Fälle vor Augen gehabt, welche die häufigsten sind, aber die Anwendung auf ganz ähnliche Fälle nicht ausschließen wollen. S. 240.

5) Art. 1100

Dieser Artikel, welcher die aus früherer Ehe stammenden Kinder eines Ehegatten für untergeschobene Personen erklärt, findet nicht nur auf eheliche, sondern auch auf natürliche Kinder seine Anwendung, denn das Gesetz wollte mit den Worten „aus früherer Ehe" nur einen Gegensatz gegen die Kinder aus gegenwärtiger Ehe aussprechen, weil in letzterem Falle die Begünstigung der eigenen Kinder nicht als eine verstellte Begünstigung des anderen Ehegatten gelten kann.

Außer diesem Falle aber soll die Schenkung stets als dem anderen Ehegatten gemacht angesehen werden, so oft sie an eine Person geschieht, die mit jenem Ehegatten so verwandt ist, daß der Zweck einer mittelbaren Schenkung hervorleuchtet, wie dieß der übrige Inhalt des Art. 1100 und der Geist des Gesetzes beurkundet, dessen Beachtung einer jüdischen Auslegung der Worte vorzuziehen sei. S. 253. Dieß hat der Gerichtshof von Amiens und früher schon der Cassationshof ausgesprochen und zwar sogar in Bezug auf adulterini.

6) Art. 883. 1433.

Der Preis einer Liegenschaft, die nicht zur Gemeinschaft gehört, gebührt dem Ehegatten, welcher Eigenthümer ist, und muß ihm daher ersetzt werden.

1. Wenn nun eine solche Liegenschaft zwischen einem Ehegatten und anderen Personen gemeinschaftlich ist und diese Gemeinschaft durch Theilung aufgehoben wird, so verfügt der Art. 883, daß der abgetheilte Erbe so angesehen werden soll, als habe er alles unmittelbar vom Erblasser empfangen, und an dem Uebrigen niemals ein Eigenthum gehabt, und es entsteht die Frage, ob der Ehegatte, welcher in Folge dessen statt seines Antheils an der Liegenschaft z. B. mit Geld befriediget wird, auch gegenüber von dem andern Ehegatten so angesehen werden soll, als sei er nur Eigenthümer der Liegenschaft, sondern nur einer Forderung, gewesen, und als sei deßhalb sein Einbringen beweglicher Natur?

Verneint von Nancy, weil der Art. 883 auf das Verhältniß zwischen den Erben und nicht auf das zwischen den Ehegatten sich beziehe. S. 202.

Ein anderes ist, sagt Pothier, wenn bei einer aus Mobi-

Digitized by Google

lien und Immobilien bestehenden Verlassenschaft dem erbenden Ehetheil verhältnißmäßig mehr Fahrnisse als Liegenschaften auf das Loos gegeben werden.

2. Bei einer bewidmeten Ehe brachte die Frau ihren Antheil an einer Liegenschaft als Dotalgut ein und wurde nachmals durch die Theilung Eigenthümerin des Ganzen. Hier bleibt nur der eingebrachte Antheil Dotalgut. Limoges. 299.

7) Art. 932, 935, 942, 1125.

Bei der Schenkung des Vormünders an seinen Mündel, z. B. des Vaters an seine Tochter, muß die Annahme durch einen tutor ad hoc geschehen. Dieß ist von dem Cassationshofe und von den meisten Autoren angenommen, „nemo enim potest auctor esse in rem suam.“

Bei der Nichtachtung dieser Formalität entstehen aber folgende Fragen:

1. Können der Schenkgeber oder seine Erben diesen Mangel dem Minderjährigen entgegenhalten, da in Satz 1125 verordnet ist, er solle nur dem minor selbst als Einrede dienen?

Zu Grenoble wurde in Uebereinstimmung mit der Entscheidung erster Instanz bei einem solchen Falle angenommen, der Art. 1125 sei nur anwendbar bei Veräußerungen, die durch bloße Einwilligung gültig werden, aber nicht, wo das Gesetz besondere Formalitäten erheische. (S. 259).

Der Gerichtshof zu Nancy hat dagegen ausgesprochen, daß der Art. 1125 sich auf alle Verträge beziehe und die Schenkung hievon nicht ausgenommen sei, weil der Art. 1105 sie ausdrücklich unter den einzelnen Klassen der Verträge aufführe. (S. 459).

2. Bei der ersteren Ansicht entsteht das weitere Bedenken, daß der Vormünder, welcher hier mit dem Schenkgeber eine Person bildet, nach Art. 942 für die versäumte Annahme und daher auch für eine ohne *tutor* geschehene Annahme verantwortlich ist, und daher die Einwendung jenes Mangels zugleich den Grund einer Entschädigungsklage gegen den Vormünder bildet.

Gilt hier die Regel „quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio“?

Verneint in erster Instanz, weil eine freigebige Handlung niemals eine Entschädigungsklage begründe, und der Schenkgeber nicht auf der einen Seite zum Widerruf berechtiget sein könne, bis eine Annahme in gehöriger Form erfolge, andererseits aber verpflichtet, diese Annahme zu bewerkstelligen.

Bejaht von der zweiten Instanz (Grenoble S. 259) und für diese bejahende Entscheidung sprechen zwei Urtheile des Cassationshofes.

Der Ansicht der ersten Instanz sind Toullier und Delvincourt, weil die Versäumung der Formen als ein Widerruf von Seiten des schenkenden Vormunds zu betrachten und keine Verantwortlichkeit für den Widerruf statthaft sei.

8) Art. 2244.

1. Die Erhebung einer Theilungsklage unterbricht die Verjährung nur für den Kläger, aber nicht für seine Miterben, die nicht geklagt haben, weil nur für Sammt- oder untheilbare Rechtsverhältnisse von der Regel, daß die Unterbrechung nur dem Kläger nütze, eine Ausnahme gemacht sei.

2. Auf der anderen Seite können sich aber auch nur diejenigen beklagten Miterben dieser Einrede bedienen, welche im Besitze der Erbschaft gewesen sind. S. 263.

9) Art. 1952.

Wenn auch der Gast sein Fuhrwerk außerhalb des Gasthofes stehen lassen muß, haftet der Wirth für Diebstähle, die daran begangen werden. (S. 264). Paris.

10) Art. 312.

Die Rechtsvermuthung, „pater est, quem nuptiae demonstrant“ wird keineswegs durch den Umstand beseitiget, daß in dem Gebuetsbuch ein Anderer als der Ehemann als Vater angegeben und das Kind von jenem anerkannt ist, und zwar selbst dann nicht, wenn die Ehefrau des Ehebruchs für schuldig erkläet ist. Das Scheidungs- und Strafurtheil kann die Ablängnungsklage nicht ersetzen.

Es handelt sich hier um die Rechte des Kindes und diesem steht die Anspeache auf Verbesserung der Geburtsbücher und auf seine eheliche Kindschaft selbst dann noch offen, wenn es in mehreren Urkunden die Eigenschaft eines unehelichen Kindes angenommen und das — ihm diese Eigenschaft beilegende Testament der Mutter anerkannt hat, weil ein Verzicht auf den bürgerlichen Stand nicht von Wirkung ist. (S. 279. Montpellier, and. Solon).

11) Art. 2232.

Wenn der Eigenthümer eines höher gelegenen Grundstücks einem tiefer gelegenen auch 30 Jahre lang das Regenwasser zufließen ließ und auf dem letzteren Vorrichtungen zu diesem Zwecke angebracht sind, so bleibt dieser Genuß doch ein prekäree und führt zu keiner Ersitzung. (Limoges S. 284). Eine Last (Art. 640) kann durch die Zeitdauer nicht zu einem Rechte werden.

12) Art. 1705.

Die Auflösung eines Liegenschaftsverkaufs wegen Nichtzahlung des Preises gewähet das Recht, die Sache auch von dem dritten Besitzer zurückzufordern, und nach Art. 1707 gelten die Regeln des Kaufs auch beim Tausch, und nach Art. 1705 soll derjenige, welchem die eingetauschte Sache evinzirt wird, die vertauschte Liegenschaft

Digitized by Google

zurückfordern können — ob aber auch vom dritten Besitzer, ist eine Streitfrage.

Weil das Gesetz nicht unterscheide, und die in Folge der Entwährung eintretende Vertragsauflösung nach Art. 1183 die Wirkung habe, daß die Sachen in den ursprünglichen Stand zurückversetzt werden, als ob kein Vertrag existirt hätte, sowie unter Hinweisung auf Art. 1707 hat der Gerichtshof zu Lyon die Frage bejaht, (S. 293) und implicite auch Nismes S. 455.

Anderer Meinung sind mehrere Schriftsteller wegen der Gefahr für die Rechte Dritter.

Bei einer gekauften Sache könne man sich überzeugen, daß der Käufer seine Verbindlichkeit erfüllt habe, und daß deßwegen die auflösende Bedingung beseitiget sei. Wie soll dieß aber beim Tausche möglich sein, wo die Partei durch Hingabe ihres Eigenthums scheinbar den Vertrag erfüllt habe und der Dritte nicht untersuchen könne, ob das Hingegebene einer Entwährung ausgesetzt sei.

13) Art. 706, 708.

Wenn Jemand unbeschränkt das Recht der Aussicht durch Vergünstigung erworben hat, aber innerhalb 30 Jahren nur ein Fenster zur Ausübung desselben angelegt hat — ist das Recht zur Anlegung mehrerer Fenster verloren?

Verneint (Caen S. 298) weil durch Anlegung eines Fensters die Servitut im Ganzen ausgeübt worden sei, und keineswegs ein separates oder einzelnes Recht. Nur wenn seit der Anlegung dieses einzigen Fensters 30 Jahre verflossen seien, (also nicht seit Abschluß des Vertrags) könne man nach Art. 708 eine durch Ersitzung vorgegangene Veränderung der Dienstbarkeit geltend machen.

14) Art. 1395.

Da Eheverträge nach geschlossener Ehe keine Abänderung erleiden, so kann der Mann auf keine Zinsen verzichten, die ein Dritter kraft Gesetzes (Art. 1548) für eine zugesagte Ehesteuer schuldet, weil diese Schuld eine Folge des Ehevertrags ist, und deren Abänderung nicht allein den Mann, sondern auch die Frau und die Kinder interessirt. (?) (Pau. 340).

15) Handelsrechtsatz 51.

Können die hier vorgeschriebenen Schiedsgerichte ein Honorar verlangen?

Bestritten. Einige behaupten, die Schiedsrichter seien Mandatare und deßwegen ohne ausdrückliches Versprechen nicht berechtigt, Belohnung zu fordern.

Bordeaux hat die Frage bejahend entschieden, weil diese Belohnung im allgemeinen Gebrauch sei und der Auftrag nur — als unter der Voraussetzung einer entsprechenden Belohnung angenommen zu betrachten sei. 349.

16) Art. 1554.

Kann die Ehefrau wegen Vergehen der Frau und zur Bezahlung der hieraus entspringenden Entschädigungsforderungen veräußert werden?

Das Gesetz gedenkt dieses Falles nicht, und es wird deßhalb diese Frage sehr verschieden beantwortet. Bejaht wurde sie vom Gerichtshof zu Caen (S. 349), weil das Verbot der Unveräußerlichkeit ein Schutzmittel der Frau gegenüber von dem Manne ihrer weiblichen Schwäche wegen sein soll, aber nicht ein Schutzmittel gegen die Folgen ihrer eigenen Vergehen, weßhalb dies Verbot nur auf freiwillige Veräußerungen bezogen werden dürfe. Selbst der Minderjährige genieße nach Art. 1310 hier keine Benefizien, und besser könne die Frau nicht gestellt sein.

17) Art. 757, 758, 913.

Nicht das Dasein erbfähiger Seitenverwandten, sondern ihr Eintritt als Erben in die Verlassenschaft hat die Wirkung, daß die Erbrechte des natürlichen Kindes sich vermindern. Wenn also der Vater oder die Mutter eines natürlichen Kindes beim Mangel an Pflichterben einen Dritten als Erbvermächtnißnehmer einsetzen und so die gesetzlichen Erben ausschließen, so hat das natürliche Kind ein Recht auf die Hälfte des Nachlasses, und nicht blos auf die Hälfte von ¾ (also auf ⅜), denn „nichtexistiren" und „nicht succediren" ist eines und dasselbe, wenn es sich darum handelt, gegenüber von einem nicht berufenen Verwandten die Rechte der übrigen zu bestimmen.

Die Beschränkung des Erbrechts hat nur die Begünstigung der legitimen Verwandten, nicht aber dritter Personen zum Zweck. Paris S. 358. Nicht alle Schriftsteller sind dieser Meinung und zu Nancy wurde entgegengesetzt entschieden.

18) Art. 915, 786.

Nicht das Dasein von Geschwistern, sondern ihre Annahme der Erbschaft hat die Wirkung, daß die Ahnen (mit Ausnahme der Eltern) von ihrem Vorbehaltsrecht ausgeschlossen werden.

Wenn also ein Ahne in Folge des Verzichts der Geschwister zur Erbschaft berufen wird, so hat er sein Vorbehaltsrecht, wie wenn er unmittelbar Erbe geworden wäre, denn der verzichtende Erbe wird so angesehen, als wäre er nie Erbe gewesen, und der Ausschluß der Ahnen von dem Vorbehalt ist nur zu Gunsten bestimmter Verwandten geschehen. Toulouse 359.

19) Art. 957, 2263.

Die Frist zum Widerruf der Schenkungen ist kein prozessualischer Termin, sondern eine Verjährung, und läuft deßhalb nicht unter Ehegatten. (S. 372). Caen.

Stabel.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 8. Karlsruhe den 4. September 1841.

1) Art. 1337.

Wenn hier gesagt ist, daß eine Anerkennungsurkunde nicht mehr enthalten dürfe, als die ursprüngliche, so bezieht sich diese Verfügung nur auf das Wesentliche der ursprünglichen Verbindlichkeit nicht aber auf Accessorien und formelle Bestimmungen, die derselben beigefügt werden, z. B. auf das Geding der Sammtverbindlichkeit.

2) Art. 2180, 2165.

Der dritte Besitzer einer Liegenschaft erwirbt die Freiheit des Guts von Pfandlasten in derselben Zeit, welche zur Ersitzung des Eigenthums nöthig ist.

Nach der Ansicht Duranton's ist der gute Glaube hier kein nothwendiges Requisit. Die Praxis scheint dies aber allgemein zu verwerfen. Dagegen ist die Frage bestritten, ob der Eintrag der Pfandrechte im Unterpfandsbuch den Erwerber in bösen Glauben versetze?

Der Art. 2180 Absatz 2 verfügt zwar, daß die Eintragungen den Lauf der Verjährung nicht unterbrechen sollen, allein er hat nur einen nach dem Erwerb erfolgten Eintrag vor Augen, spricht also von der mala fides superveniens (vergl. Art. 2269).

Zu Riom wurde ausgesprochen, daß ein beim Erwerb vorhandener Eintrag den guten Glauben des Erwerbers nicht verhindere, weil ja sonst die Ersitzung dieser Freiheit niemals möglich wäre, und weil ohngeachtet des Eintrags die Forderung und folgeweise das Pfandrecht erloschen sein könne, wozu noch die Bestimmung des Art. 2180 komme, daß Einträge die Verjährung nicht hindern. S. 381.

Troplong nimmt nur da einen guten Glauben an, wo der dritte Besitzer wirklich die Meinung haben konnte, das Gut sei frei. Grenier und Delvincourt dagegen sehen nur da einen bösen Glauben als vorhanden an, wo in der Erwerbsurkunde selbst von dem Bestehen des Pfandrechts die Rede ist.

Zu Bourges wurde in Betracht, daß der Käufer nach allen Umständen Kenntniß davon gehabt haben müsse, daß das Gut mit einer Pfandlast beschwert sei, ausgesprochen, daß er in mala fide und darum unfähig zur Ersitzung gewesen sei. S. 449.

3) Art. 1444.

Das Urtheil, welches auf Vermögensabsonderung erkennt, muß ununterbrochen vollzogen werden. Was ist aber als eine Unterbrechung anzusehen? Dieß wurde dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, welches nur da eine Unterbrechung finden kann, wo entweder offenbare und dritten Personen gefährliche Nachlässigkeit oder böser Glaube zum Grunde liegen.

In diesem Sinne wurde zu Bordeaux erkannt, daß beim Dasein besonderer Umstände, welche die Frau verpflichten, die Absonderung auszusetzen, z. B. die gänzliche Entblößung des Mannes, keine Unterbrechung anzunehmen sei. S. 389.

4) Art. 1709, 1733, 1763, 1832.

Ist der Verpacht auf Theilbau ein Pacht- oder ein Gesellschaftsvertrag?

Für das letztere hat sich der Gerichtshof zu Limoges ausgesprochen und deßhalb erkannt, daß der Art. 1733 wegen der Feuersbrünste hier nicht anwendbar sei. Schon das röm. Recht (l. 25, 6. loc. cond. 19. 2) habe diesen Vertrag für eine societas erklärt und der Code civ. nichts daran geändert, indem die Definition des Art. 1832 weit besser anwendbar sei als die des Art. 1709. Die Stellung dieses Vertrags in der Lehre vom Pacht sei schon an und für sich ohne Erheblichkeit, wenn ein Vertrag einen zweideutigen Charakter habe.

Zudem habe das röm. Recht dieses Rechtsverhältniß bei der gleichen Lehre erörtert und der Code selbst habe unter diesem Titel die Viehverstellung abgehandelt, was doch gewiß eine Gesellschaft sei. Auch die Discussionen sprechen dafür. S. 406.

Entgegen ist Duvergier, weil bei diesem Vertrage der Verpächter an dem Verlust nicht partizipire, also ein wesentliches Merkmal der Societät (1855) fehle.

Digitized by Google

5) Art. 516, 1347.

Beim Mangel einer Urkunde über eine Theilung kann solche durch den Anfang eines schriftlichen Beweises, zu welchem sich richterliche Vermuthungen gesellen, dargethan werden, denn der Art. 816 sagt nur, daß der abgesonderte Genuß eines Theils der Erbschaft nicht hinreiche, um die Theilung zu beweisen, aber nicht, daß eine Theilung nur schriftlich vollzogen werden könne, weßhalb die allgemeinen Beweisregeln gelten. (Bourges S. 422).

Die Praxis ist hierüber getheilter Meinung, während die Schriftsteller durchgehends schriftlichen Beweis fordern.

6) Art. 1654, 524.

Auch bei Fahrnissen hat der Verkäufer das Recht der Vertragsauflösung wegen Nichtzahlung des Preises.

Kann aber auch das Fahrnißstück zurückgefordert werden, wenn es durch Bestimmung unbeweglich geworden und einem Dritten verpfändet worden ist?

Sehr bestritten. Verneint zu Lyon (S. 423) auf den Grund der Bestimmungen des Art. 2102, weil hieraus die Regel folge, daß die Rücknahme nur statt finde, so lange der Käufer die Sache unverändert besitze.

7) Art. 1372.

Haben die Lehrmeister, welche ein Kind aus Auftrag der Eltern erzogen, ein Klagrecht gegen das Kind selbst, wenn die Eltern nicht zahlen?

Der Cassationshof hat diese Frage früher bejaht, der Gerichtshof von Paris aber dennoch verneint, weil der Lehrmeister mit dem Kinde nicht contrahirt, sondern als Mandatar der Eltern gehandelt habe und so wenig die Eltern ein Klagrecht gegen das Kind hätten, eben so wenig könne es ihr Mandatar haben. Die Kinder könnten sonst ihres Vermögens beraubt werden. (S. 457).

8) Art. 843.

Ist Derjenige, welcher eine unter einen onerosen Titel versteckte Schenkung erhielt, diese einzuwerfen verbunden?

Sehr bestritten. Verneint zu Bordeaux, weil in der Simulation eine deutliche Erklärung des Erblassers liege, daß die Schenkung im Voraus und frei von der Einwerfung sein soll. (464).

9) Art. 1384.

Wenn ein Minderjähriger, welcher bei einem Meister in Diensten steht, Jemanden innerhalb seines Geschäftes beschädigt, so liegt die Verantwortlichkeit dafür nicht auf den Eltern, sondern auf dem Dienstherrn. S. 499.

10) Art. 882.

Die Gläubiger können eine schon vollzogene Theilung nur dann anfechten, wenn sie mit Hintenansetzung ihrer Einsprache geschehen ist. Man streitet sich nun darüber, ob der Gläubiger, welcher von seinem Einsprachsrecht keinen Gebrauch gemacht hat, eine vollzogene Theilung selbst nicht wegen Betrug noch anfechten könne.

Zu Bordeaux und Riom wurde die Klage verworfen. Der Art. 882 enthalte eine Beschränkung des Art. 1167 für Theilungsverträge. Es sei hier dem Gläubiger das Recht der Einsprache gegeben, und der Gebrauch dieses Rechtes sei die Bedingung und das Mittel zur Anfechtung. Der Zweck dieses Gesetzes sei, den Familienfrieden nicht ohne Noth stören zu lassen.

Zu Paris wurde nach der entgegengesetzten Ansicht entschieden, weil man sonst den Betrug belohne, was mit keiner Stelle des Gesetzes in Einklang zu bringen sei, und der Art. 882 enthalte keineswegs eine Beschränkung des Art. 1167. Ebenso entschied Montpellier, und zu Toulouse wurde die Unterscheidung gemacht, ob alle Erben an dem Betruge Theil genommen, oder nur der Schuldner. Im ersteren Falle allein soll die Klage wegen Betrug zulässig sein. (S. 278, 328, 473.)

11) Art. 1699, 1700.

Welche Forderungen gelten in der Lehre von der Cession für streitig? Dies war schon im alten Rechte eine streitige Frage, und man suchte die alten Streitfragen auch wieder in das neue Recht herüber zu ziehen.

Der Gerichtshof von Riom hat am 11. Mai 1839 ausgesprochen, daß der Eintritt in die Cession ein Mittel sei, eine Klage zu beseitigen, und daher im Wege der Exception selbst noch in appellatorio vorgeschützt, daß jedoch eine Forderung nur dann als streitig angesehen werde könne, wenn schon vor der Rechtsabtretung über die Existenz der Forderung selbst ein Streit vor Gericht anhängig gewesen sei. Ein Streit, der erst seit der Cession sich erhoben habe, mache die Forderung nicht zu einer streitigen in obigem Sinne, mit welcher Ansicht auch der Cassationshof und viele Autoren übereinstimmen. (S. 483.)

(Ist wohl in gleicher Art der Art. 1597 auszulegen, welcher den Richtern und Anwälten verbietet, einen Prozeß oder ein streitiges Recht anzukaufen, der zur Erkenntniß der Gerichte ihres Sprengels gehört? †)

†) Der Satz 1597 ist in dieser Beziehung jedenfalls anders gefaßt, als die Sätze 1699 und 1700. Der Satz 1597 führt nämlich die Prozesse und streitigen Rechte neben einander auf, daher kann man unter den Letztern hier wohl nicht blos diejenigen streitigen Rechte verstehen, die bereits vor dem Richter liegen, und die man sämmtlich schon unter dem andern gebrauchten Ausdrucke „Prozesse“ begreift. — M. s. die oberhofgerichtlichen Jahrbücher 1840. S. 349—352. D. R.

Digitized by Google

12) Art. 845, 1012.

Muß Derjenige, welcher alles gegenwärtige Vermögen einer Person, oder eine pars quota desselben zum Geschenk erhält, auch die Schulden des Schenkers bezahlen, welche am Tag der Schenkung vorhanden sind, sofern dieses nicht ausdrücklich bedungen ist?

1. Ein Vater hat seinem Sohne im Ehevertrag eine pars quota seines Vermögens geschenkt, und verlangte später von diesem, daß er nach Verhältniß der erhaltenen Güter zu den Schulden beitragen soll.

Der Gerichtshof von Toulouse hat den Vater mit dieser Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird zunächst das ältere Recht in Betracht gezogen, und dann bemerkt, daß der Schenknehmer kein Erbe und Rechtsfolger im Sinne des Art. 1122 sei, und daher nach Art. 1165 gegenüber von dem Gläubiger keine Verbindlichkeit übernehme, eben so wenig aber auch gegenüber von dem Schenkgeber andere Verbindlichkeiten als solche, die im Vertrag ausgedrückt sind.

Nach Art. 2092 habe zwar Jeder seine Verbindlichkeiten aus seinem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen zu erfüllen, aber diese persönliche Verbindlichkeit gehe darum keineswegs durch die bloße Thatsache der Veräußerung auf Denjenigen über, der jene Güter dadurch erhält. (S. 521.)

2. Ein Vater hat durch eine elterliche Theilung all' sein gegenwärtiges Vermögen an seine 5 Kinder übergeben. In diesem Falle wurde von dem Gerichtshofe zu Agen der Grundsatz ausgesprochen, daß die Annahme dieser Schenkung den Kindern die Verbindlichkeit auflege, alle Schulden zu bezahlen, welche zur Zeit der Uebergabe der Vater hat, oder welche auf den Gütern haften. (S. 490.) So sind schon viele verschiedene Urtheile über obige Frage vorgegangen.

Die Schriftsteller schließen sich der sub. 2 mitgetheilten Entscheidung an. (So Toullier, Duranton, Grenier und Delvincourt). Man müsse, sagen sie, nach dem Grundsatze, „bona intelliguntur nisi deducto aere alieno" vermuthen, daß derjenige, welcher eine pars quota seines Vermögens verschenke, nur dasjenige habe verschenken wollen, was ihm nach Abzug seiner Schulden verbleibe, und daß daher der Schenknehmer schon kraft Gesetzes schuldig sei, pro rata an den existirenden Schulden Theil zu nehmen. Wenn ich z. B., sagt Toullier, 100,000 fl. an Vermögen und 50,000 fl. Schulden habe, und die Hälfte meines Vermögens verschenke, so würde ich bei der entgegengesetzten Ansicht mein ganzes Vermögen verschenken, da die mir übrig bleibenden 50,000 fl. durch die Schulden aufgezehrt werden.

13) Art. 1154.

Der Zinsrückstand, welcher höher als ein Jahresbetrag ist, kann zinstragend werden durch gerichtliche Einklagung oder durch besondere Uebereinkunft?

Kann man nun bei einem Vertrage schon zum Voraus bestimmen, daß die Zinse, welche am Ende des Jahres nicht bezahlt werden, mit der Hauptsumme kapitalisirt sein und bis zur Zahlung Zinse abwerfen sollen, oder kann dies erst geschehen, wenn die Zinse verfallen sind?

Der Gerichtshof von Montpellier hat mit Abänderung des Urtheils der ersten Instanz sich für die Gültigkeit einer solchen Uebereinkunft ausgesprochen. Der Vertrag habe zwar künftig verfallende Zinse zum Gegenstande, allein nach Art. 1130 können auch künftige Sachen Gegenstand der Verträge sein, und es werde hierdurch keineswegs mehr bedungen, als das Gesetz erlaube, noch weniger werde gegen den Art. 2220 auf eine Verjährung verzichtet. (S. 497).

Sirey 1840.

14) Art. 1715.

Dieser Artikel gibt zu vielen Streitfragen Anlaß.

Ein mündlicher Bestand, dessen Vollzug noch nicht begonnen hat, kann nicht durch Zeugen erwiesen werden, so gering auch die Summe sein mag, ist nun

1) umgekehrt Zeugenbeweis *nach* begonnenem Vollzuge statthaft? Nein! einmal würde darin eine *Ausdehnung* der allgemeinen Regeln über den Beweis durch Zeugen liegen, während dieselben doch offenbar durch Art. 1715 *beschränkt* werden sollen (Bordeaux). Für's zweite ist da, wo der Beweis des *Vollzuges* einer Uebereinkunft vorliegt, *nothwendig auch der Vertrag selbst* erwiesen, weil sich *jener* Beweis ohne den letzteren nicht denken läßt, und es könnte sich daher in diesem Falle nur etwa noch um den Beweis von *einzelnen* Bestimmungen des Vertrags, vom Preise u. s. w. handeln. Nun hat aber der Art. 1716 ausdrücklich bestimmt, was für den Beweis des Miethzinses Rechtens sein soll, und das argumentum e contrario schlägt also auch in dieser beschränkteren Beziehung nicht an. Nach der Ansicht *Troplong's* ist dagegen *jenes* Argument und folgeweise der Zeugenbeweis in dem Falle statthaft, wo die Summe keine 75 fl. beträgt.

2) Kann der *Vollzug des Vertrags* durch Zeugen bewiesen werden? Verneint von dem Cassationshofe (pars I. p. 6) weil dieser Beweis (wir schon bemerkt) den Beweis des Vertrags selbst in sich schließt und dieser letztere — vom Beklagten widersprochen — nicht durch Zeugen erstellt werden kann. (Von selbst wird es sich jedoch verstehen, daß der *Vollzug* da, wo der Vertrag selbst nicht

Digitized by Google

geläugnet ist, durch Zeugen dargethan werden kann, weil hier nicht jener Grund und eben so wenig die Regel des Art. 1341 Platz greift).

3) Ist Zeugenbeweis dann zulässig, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorliegt?

Dieß hat das Tribunal von Caën bejaht. Die wesentlichen Gründe sind:

nach den allgemeinen Beweisregeln sind Zeugen zulässig:

a. bei Streitigkeiten unter 75 fl.;

b. bei solchen über 75 fl., wenn Anfang eines schriftlichen Beweises erbracht ist.

Hiervon hat der Art. 1715 nur die Regel sub a. geändert, folglich bleibt die sub b. stehen.

So entschied auch der Cassationshof am 11. Juni 1834.

Anders entschied der Gerichtshof zu Caën, weil der Art. 1715 allgemein und ohne Beschränkung den Zeugenbeweis verbiete und nach den Motiven des Gesetzes, Abschneidung weitläufiger Prozesse, der Zeugenbeweis ohne Rücksicht unterbleiben müsse, II. 263. Dies ist auch die Meinung Troplong's (du louage ad art. 1715).

15) Art. 1326.

Sind auch die Ehefrauen der hier genannten Personen von dem Zusatze „gut für ꝛc." bei Schuldurkunden befreit?

Der Cassationshof hat dieses früher allgemein verneinend entschieden.

Am 9. Dezember 1839 hat der Cassationshof in Bezug auf eine Ehefrau, die sich, wie ihr Mann mit der Landwirthschaft befaßte und mit ihrem Manne einen Schuldbrief unterzeichnet hatte, das Gegentheil ausgesprochen. (tom I. 30).

16) Art. 802.

Die Wirkungen der vorsichtigen Erbantretung fallen für die Gläubiger und Rechtsnehmer des Erben nicht hinweg, wenn der Erbe später unbedingt die Erbschaft antritt. Die Vermögensabsonderung tritt durch die Thatsache der vorsichtigen Erbantretung zum Vortheil der Creditoren ein und besteht zu ihren Gunsten fort, wenn auch später der Erbe von dem Benefizium abstrahirt. Dieses Aufgeben der Rechtswohlthat hat auch keine rückwirkende Kraft zum Nachtheil derjenigen, welcher vorher von dem Vorsichtserben eine Forderung desselben an die Erbschaftsmasse erwarb. Die Rechtsvermischung tritt hier nicht ein. Tom I. pag 92.

17) Art. 972, 973.

1) Der Cholerakranke X. wollte ein Testament errichten, und es begaben sich deßhalb Notar und Zeugen zu ihm in sein Zimmer im zweiten Stock, wo er diesen seinen letzten Willen kund gab. Nachdem dieses geschehen, begaben sich jedoch Notar und Zeugen, wahrscheinlich aus Furcht vor Ansteckung, in ein anderes Zimmer des unteren Stockes, wo das Testament niedergeschrieben wurde.

Dieses Testament wurde für nichtig erklärt, weil der Art. 972 das „Dictiren" (Vorsprechen) des letzten Willens verlange und darunter zu verstehen sei, daß dasjenige von Wort zu Wort vorgesprochen werde, was ein Anderer zu gleicher Zeit niederzuschreiben habe.

Hiernach müsse der letzte Wille in Gegenwart des Erblassers niedergeschrieben werden und dieses sei in concreto nicht geschehen, der Erblasser habe nicht selbst seinen letzten Willen verfaßt.

2) Der Eingang des Testaments kann übrigens ohne Gegenwart der Zeugen entworfen werden.

3) Auch ist nicht erforderlich, daß der Notar ganz die nämlichen Worte gebrauche, welche der Erblasser vorsprach, wenn sie nur denselben Sinn genau ausdrücken, ohne den vorgesprochenen Willen zu beschränken oder zu erweitern. p. I. p. 337.

4) Im allgemeinen gilt in Frankreich der Grundsatz, „daß die Erklärung, man verstehe nicht zu schreiben," während man es versteht, mit andern Worten die Erklärung enthalte, man wolle nicht unterschreiben.

Wenn also dieser Fall bei einem Testamente eintritt, so wäre solches als ungültig zu betrachten. Man machte jedoch von jeher die Ausnahme, daß da, wo der Testator nach allen Umständen mit Grund im guten Glauben sagen konnte, er könne nicht schreiben, weil er z. B. äußerst schlecht und unleserlich schreibt und überhaupt ein schlecht unterrichteter Mensch ist, jene Erklärung nicht als eine Verweigerung der Unterschrift angesehen werden könne und daher das Testament keineswegs nichtig mache. Also entschied auch der Cassationshof am 28. Januar 1840. p. I. p. 115.

18) Art. 945.

Der Cassationshof hat die Streitfrage, ob der Empfänger einer das ganze gegenwärtige Vermögen des Schenkers umfassende Schenkung zur Zahlung aller Schulden kraft Gesetzes verpflichtet sei, verneinend entschieden. I. p. 345.

19) Art. 701.

Der Eigenthümer eines Hofraumes, auf welchen der Nachbar das Recht der Aussicht hat, darf den Hof nicht mit einem Glasdach bedecken, weil dadurch der Gebrauch der Servitut geschmälert und unbequemer gemacht wird. (lumen id est, ut coelum videatur) tom I. 252.

Stabel.

Digitized by Google

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,
enthaltend
Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,
insbesondere
des Cassationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 9. Karlsruhe den 2. Oktober 1841.

1) Art. 549, 555, 2001, 1372.

A besitzt in *mala fide* ein Haus, das zur Hälfte dem B gehört und diesem auch nebst den von A gezogenen Miethgeldern (als Früchte) prorata zugesprochen wird. A hat aber bedeutende Verbesserungen an dem Hause vorgenommen und B muß zufolge des Art. 555 entweder den Werkstoff und Arbeitslohn oder den Mehrwerth des Hauses zur Hälfte ersetzen. Natürlich hat das Haus in Folge der vorgenommenen Verbesserungen auch mehr Einkünfte abgeworfen, als in seinem ursprünglichen Zustande. Es fragt sich nun, muß der Eigenthümer B dem A auch die Zinse von seinen Verwendungen vergüten, wenn er die aus dem Hause gezogene Nutzungen ersetzt verlangt?

Der Cassationshof entschied, daß zwar allerdings A die Zinsen von seinen Verwendungen zu fordern, berechtigt sei, daß er sie jedoch nicht unbedingt und allgemein mit den Vergütungen, die er dem B schuldet, in Kompensation bringen dürfe, daß vielmehr unterschieden werden müsse zwischen den Nutzungen, welche das Haus in seinem ursprünglichen Zustande abgeworfen haben würde und zwischen dem Mehrbetrag der Nutzungen, welcher durch die Verbesserungen erzielt worden sei. Der Ersatz der ersteren müsse dem B ungeschmälert verbleiben und nur gegen den Mehrbetrag der Nutzungen (Früchte) könne der Besitzer A die Zinsen in Aufrechnung bringen.

Der königliche Gerichtshof zu Paris hatte dagegen entschieden, daß der A hinsichtlich der gemachten Verwendungen als Mandator (soll wohl heißen Geschäftsführer) des B zu betrachten sei, und daher nach Art. 2001 Zinsen von seinen Auslagen fordern könne, die mit den Früchten zu kompensiren seien, ohne einen Unterschied zwischen den Einkünften des Hauses in seinem ursprünglichen Zustande und zwischen den durch den Neubau vermehrten zu machen.

In der Cassationsrechtfertigung wurde die Verbindlichkeit zur Verzinsung der Verwendungen im Allgemeinen in Abrede gestellt, weil

1) nach Art. 1153 nicht bedungene Zinsen nur durch Mahnung zu laufen beginnen, außer wo das Gesetz sagt, der Zinsenlauf soll Kraft Gesetzes beginnen, und weil

2) weder der Art. 555 noch der Art. 1372 etwas davon sage, daß der Eigenthümer resp. Geschäftsherr die Auslagen verzinsen müsse.

Anderer Seits dagegen wurde die Ansicht vertheidigt, daß hier jedenfalls eine Geschäftsführung vorliege und daß der Geschäftsführer berechtigt sei, gerade, wie der Mandatar, welchem das Gesetz ihn gleichstelle, Zinsen von seinen Auslagen zu begehren. Sei das Geschäft gut geführet, so müsse der Geschäftsherr nach Art. 1375 den Geschäftsführer für die übernommenen eigenen Verbindlichkeiten entschädigen.

Hätte also z. B. A das Geld zur Verwendung geliehen, so müßte B ihn als Geschäftsführer zur Entschädigung auch die Zinsen bezahlen, die A dem Darleiher schuldig geworden. Warum sollen nun dem A keine Zinsen gebühren, wenn er aus eigenen Mitteln die Auslagen bestreitet, wie es das römische Recht (l. 19 §. 4, C. de negot. gest.) ausdrücklich verordne?

Ueber diese Frage, d. h. über die Anwendbarkeit des Art. 2001 auf den Geschäftsführer und dessen Auslagen hat sich der Cassationshof nicht bestimmt ausgesprochen.

Anmerkung. Fast kein Begriff ist in der Praxis schwankender als der der Geschäftsführung. In Bezug auf das römische Recht hat Wächter (Archiv für Civilpraxis XX. Band) sehr scharfsinnig dargethan, daß nicht jedes Einmischen in die Angelegenheiten eines Andern eine negotiorum gestio sei, sondern daß die Angelegenheit eine *res necessaria*, d. h. eine solche sein müsse, die nothwendig geschehen oder versucht werden müsse, und nicht blos eine solche, die nach den Ansichten des neg. gestor dem Eigenthümer Nutzen bringen kann.

Wenn unser Landrecht von „Geschäften" einer Person spricht, erfordert es nicht schon durch diesen Ausdruck selbst das Merkmal einer *res necessaria* d. h. eine Sache,

Digitized by Google

die ein guter Hauswirth als eine ihm obliegende Angelegenheit (Geschäft) betrachten muß? *)

Ist dieß zu bejahen, so kann A in Bezug auf die bloß nützlichen Auslagen nicht als Geschäftsführer angesehen werden, denn derjenige, der mir in meiner Abwesenheit z. B. einen dritten Stock auf mein Haus setzt, unternimmt sicherlich keine res necessaria, kein mir obliegendes Geschäft, wenn auch dieser Bau von Nutzen sein mag.

Indessen wird die von dem Cassationshof im obigen Falle zugelassene Compensation der Zinse von den Verwendungen mit dem Mehrbetrag der Einkünfte schon deßhalb gerechtfertigt sein, weil von reinen Einkünften nur noch Abzug jener Zinse die Rede sein kann. I. pag. 66.

2) Art. 1912, 2. (2 b.)

Nach diesem Artikel kann der Schuldner einer Erbrente zur Ablösung angehalten werden, wenn er zwei Jahre seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Findet diese Bestimmung auch Anwendung auf solche Erbrentenverträge, die schon vor Einführung des Code civil konstituirt worden sind?

Bejaht von dem Cassationshof, in Erwägung, daß es dem Gesetze zustehe, die unter seiner Herrschaft sich ereignenden Handlungen zu regieren und Folgen daran zu knüpfen, die ihm zum Schutz seiner Bestimmungen nöthig erscheinen, in Erwägung, daß der Art. 1912 keinen Eingriff in die vor Einführung des Code errichteten Verträge macht, sondern sich nur auf den Vollzug dieser Verträge bezieht, wo die Parteien hierüber keine besonderen Bestimmungen getroffen haben; in Erwägung ferner, daß durch frühere Gesetze (so wenig als durch den vorliegenden Vertrag) der Fall des Verzugs in Zahlung der Renten vorgesehen war, folglich der Code ohne Rückwirkung die Folgen dieses Verzugs bestimmen konnte. I. 259.

3) Art. 2102. Abs. 6.

Dieser Artikel gibt ein Vorzugsrecht für die Fracht sammt Nebenkosten auf die verführte Waare. Hört dieses Vorzugsrecht auf, sobald der Fuhrmann die Waare aus Handen gegeben hat? Dieß ist eine sehr bestrittene Frage. Einige bejahen sie, indem sie den Fuhrmann als Faustpfandgläubiger betrachten, andere halten diese Gleichstellung für irrig und verneinen die Frage.

Das Tribunal zu Clamecy hat in Betracht, daß bei dem Schweigen des Gesetzes über die Dauer dieses Vorzugsrechtes nichts zur Verwerfung dieses Rechts wegen Ablieferung der Waare ermächtige, so lange nur die Identität der Sache gewiß und solche in den Händen desjenigen ist, für welche sie transportirt wurde, es sei denn daß sich aus bestimmten Thatsachen ein Verzicht auf das Vorzugsrecht ergäbe, sich der letztren Ansicht angeschlossen.

Der Cassationshof hat die Cassation aus dem Grunde verworfen, weil auch dann, wenn die Ansicht des Tribunals unrichtig gewesen sei, doch in dem einzelnen Falle die Sache nicht aus dem Besitz des Fuhrmanns gekommen gewesen sei. I. pag. 290.

Er hat sich also nicht bestimmt über die eigentliche Streitfrage ausgesprochen.

4) Art. 1382.

Hat der Eigenthümer eines Parks das Recht einen fremden Hund, der in denselben eindringt, zu erschießen, oder begeht er dadurch eine unrechte That, die ihn zur Entschädigung verpflichtet?

Die beiden ersten Instanzen haben sich für das Letztere ausgesprochen und den Beklagten zur Entschädigung verurtheilt. Der Cassationshof hat in Betracht, daß die Ersatzpflicht eine unrechte That des Beklagten oder einer Person, für die er haftet, voraussetzt und weil die Erlegung eines Hundes in obigem Falle nicht immer und unter allen Umständen eine unrechte That, der Eigenthümer vielmehr hiezu berechtigt sei, sofern ihm oder seinem Eigenthum Schaden droht, die Urtheile aufgehoben, damit erst näher untersucht werde, wie sich die von den Parteien angegebenen Umstände verhalten, ob der Hund gejagt habe u. s. w. tom 1. 299.

5) Art. 1678.

Der Richter ist beim Beweise der Verkürzung nicht unbedingt an das Gutachten der Sachverständigen gebunden, wenn solches seiner Ueberzeugung nicht genügt, sondern er kann ein anderes Gutachten erheben, (der §. 549 der Prozeßordnung, welcher solches generell vorschreibt, findet also auch hier seine Anwendung).

6) Art. 1654, 1184. 1338.

Enthält die Anstellung der Klage auf Zahlung des Kaufpreises einen Verzicht auf die Klage auf Auflösung des Vertrags wegen Nichtzahlung?

Pothier und Grenier behaupten, daß der Verkäufer, welcher den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises belangt, auf die Auflösungsklage verzichte. Merlin behauptet das Gegentheil und Troplong unterscheidet:

1) ob es sich von dem Klagrecht gegenüber von dem Käufer selbst, oder

*) Zu bemerken ist jedoch, daß von dem Falle, wo ein Miteigenthümer allein über das gemeinschaftliche Eigenthum verfügt, um einen gemeinschaftlichen Vortheil zu erzielen, der Landrechtsatz 577 b. c. speziell handelt.

Digitized by Google

2) gegenüber von einem Dritten und weiteren Erwerber des Grundstücks handle.

Im ersteren Falle stimmt er der Ansicht Merlin's unbedingt bei.

Wenn aber im zweiten Falle der Verkäufer sich die Einweisung in den vom Dritten zu zahlenden Kaufpreis hat gefallen lassen, so soll die Klage auf Auflösung gegen diesen Dritten verloren sein, weil der Verkäufer dadurch in den Uebergang des Eigenthums auf einen Dritten einwillige (also gegen diesen die Klage wegfalle).

In einem Falle letzterer Art haben das Seinetribunal und der Pariser Gerichtshof die Auflösungsklage dennoch zugelassen, also keinen Verzicht angenommen und die Cassation wurde deßhalb verworfen, weil es eine thatsächliche Frage sei, ob aus den vorliegenden Umständen ein Verzicht folge oder nicht. In früheren Entscheidungen hatte jedoch der Cassationshof die Ansicht Troplong's adoptirt.

Anmerkung. Wie ist es aber im umgekehrten Fall, wenn der Verkäufer auf Auflösung geklagt hat, kann er hier auf die Erfüllungsklage zurückgreifen? Wohl in so lange, als der Beklagte sich der Auflösung widersetzt (nach Einigen in so lange, als derselbe sich nicht eingelassen hat) und kein rechtskräftiges Uetheil zu Gunsten des Klägers ergangen ist. Hat aber der Beklagte auch nur eventuell in die Auflösung eingewilliget, wird der Kläger als verzichtend auf die Erfüllungsklage angesehen werden müssen. pag. I. 321.

7) Art. 694.

Bekanntlich herrschen über die Auslegung dieses Artikels und über seine Vereinigung mit den vorhergehenden Artikeln über die Wiedmung sehr verschiedene Ansichten, welche zusammengestellt sind Sirey tom. 37, 1. part. pag. 916. Dort ist auch zugleich eine Entscheidung des Cassationshofes angeführt, welche sich dahin ausspricht, daß der Art. 694 nicht blos auf offene und zugleich selbstständige Dienstbarkeit zu beziehen sei, sondern auf alle Dienstbarkeiten, welche ein offenes Merkmal ihres Daseins haben, mögen sie auch nicht zu den selbstständigen gehören.

In einem Falle, wo der Eigenthümer ein Grundstück in einzelnen Theilen verkauft hatte, machte der eine Erwerber gegen den andern, der seinen erkauften Antheil umzäunt hatte, eine Wegdienstbarkeit mit der Behauptung geltend, der Weg in sein, des Klägers Antheil habe von jeher bestanden, wie das Dasein des Weges und einer Brücke zeige und dieser Weg sei eine Folge der Nothwendigkeit, weil das Grundstück von andern Grundstücken rings umgeben sei.

Der Art. 694 finde demnach seine Anwendung. Der Gerichtshof verlangte die Beweise über die vorhin angegebenen Umstände und die hiegegen ergriffene Cassation wurde verworfen. Man hat hiebei jedoch der früheren Auslegung und Anwendung des Art. 694 auf den Antrag Troplong's die Beschränkung beigefügt, daß außer den sichtbaren Kennzeichen die Servitut einen gesetzlichen Entstehungsgrund für sich haben müsse, wie im obigen Falle der Kläger mit Berufung auf Art. 682 und auf die Oertlichkeit einen gesetzlichen Titel für die Dienstbarkeit behauptet habe.

Diese von Troplong näher entwickelte Ansicht ist im Wesentlichen folgende:

Schon vor Einführung des Code seien folgende Fälle bei Veräusserungen eines Eigenthümers zweier Grundstücke unterschieden worden.

1) Es besitzt Jemand ein mit einer Servitut belastetes Grundstück und erwirbt auch das Herrschende. Später verkauft er das Dienende, ohne sich die Servitut vorzubehalten. Nach dem Grundsatz res sua nemini servit sei hier die Servitut durch die Vereinigung der Grundstücke in eine Hand erloschen und es handle sich also darum, ob die Servitut, wenn sie nicht ausdrücklich bei der Wiederveräußerung vorbehalten wurde, fortbestehe?

2) Ein weiterer Fall sei der umgekehrte, wenn nämlich der Eigenthümer das herrschende Grundstück verkaufe, ohne daß diese Servitut zu Gunsten des Erwerbers vorbehalten wurde.

3) Der dritte Fall sei, wenn der Eigenthümer selbst vor Abtheilung und Veräußerung seines Besitzthums Anlagen gemacht habe, welche Merkmale einer (dem einen Theil des Guts gegen das andere zustehenden) Dienstbarkeit seien, und wenn sofort jene Theile in verschiedene Hände kommen.

Der dritte Fall sei der der Wiedmung (692, 693). Die ersteren beiden Fälle dagegen seien unter dem Art. 694 zu subsumiren. Dieser Art. 694 sage nämlich ausdrücklich, daß die Dienstbarkeit fortbestehe (la servitude *continue* d'exister) und dieses Fortbestehen setze doch offenbar voraus, daß früher eine Dienstbarkeit rechtlich bestanden habe, und nicht, daß sie durch die Veräußerung erst ihr Dasein erhalte, wie bei der Wiedmung.

Es seien also zur Anwendung des Art. 694 zwei Voraussetzungen nothwendig, nämlich 1) daß die Servitut, sie möge übrigens selbstständig sein, oder nicht ein äußeres Kennzeichen haben, 2) daß sie vorhin schon einmal bestanden und sich auf einen gesetzlichen Entstehungsgrund stütze. p. 1. p. 97.

Digitized by Google

8) Art. 1347.

1) Eine Schrift, welche der eine zweier Miteigenthümer einer ungetheilten Liegenschaft geschrieben hat, kann nur gegen den Schreiber, nicht aber gegen den andern Miteigenthümer als Anfang eines schriftlichen Beweises wirken. Selbst dann, wenn der Verfasser stirbt und der andere Miteigenthümer dessen Erbe wird, gilt die Schrift gegen den Erben nur prorata des ererbten Antheils.

2) Ein Brief, welcher nur allgemein von einer erfolgten Veräußerung spricht, ohne den Rechtstitel und den Preis eines etwaigen Verkaufs anzugeben, taugt nicht als Anfang eines schriftlichen Beweises, weil er das Wesentliche des Beweises einer Veräußerung, nämlich die Einwilligung der Parteien in ein bestimmtes Geschäft nicht wahrscheinlich macht. I. 139.

3) Als Anfang eines schriftlichen Beweises kann auch eine Erklärung benützt werden, welche der Gegentheil in einem andern Prozesse und gegen eine andere Partei abgegeben hat. I. 728.

9) Art. 1554.

Die Unveräußerlichkeit der Dotalgüter bezieht sich auch auf die Einkünfte derselben in der Art, daß die Gläubiger der Frau selbst nach erfolgter Vermögensabsonderung die Einkünfte nicht angreifen können, soweit sie zur Bestreitung der Ehelasten nöthig sind, sondern nur den etwaigen Ueberschuß, denn die Ehesteuer ist nach Art. 1540 bestimmt, die Lasten der Ehe zu bestreiten, und die Einkünfte dürfen daher nicht zu andern Zwecken verwendet werden. I. 133.

10) Art. 1167.

Eine Schenkung kann auch dann wegen Abbruch der Rechte der Gläubiger angefochten werden, wenn der Schenknehmer in gutem Glauben handelte und nur der Schenkgeber in Gefährde war.

(Schon das römische Recht unterschied bei der actio pauliana in dieser Weise zwischen onerosen Veräußerungen und Schenkungen. Erstere konnten nur angefochten werden, wenn auch der Erwerber in *mala* fide war, bei Schenkungen genügte es an der mala fides des Schenkers). I. 227.

11) 1689, 1690.

Die hier enthaltenen Regeln für die Cession sind nicht blos auf persönliche Forderungen sondern auch auf Vindikationen anwendbar. Vor der Bekanntmachung der Cession kann also der Besitzer der Liegenschaft eines Dritten sich gültig mit diesem vergleichen. Selbst die Kenntniß der Cession ersetzt die feierliche Bekanntmachung nicht. I. 197.

12) Art. 645.

Die Ermächtigung der Gerichte, bei einem Streit über die Benützung des Wassers den Vortheil der Landwirthschaft in Anschlag zu bringen, bezieht sich nicht auf Quellen, die auf dem Grundstücke der einen Partei entspringen, und deßhalb ihr allein gehören, sondern der Art. 645 bezieht sich nur auf die fließenden Wasser, von welchen im Art. 644 die Rede ist. I. 207.

13) Art. 223, 1538, 1987, 1988.

Nach Art. 223 ist keine allgemeine Ermächtigung zu anderen als Verwaltungshandlungen zwischen Ehegatten zuläßig. Was ist aber eine allgemeine Ermächtigung? Ist hier die Bestimmung des Art. 1987 vom allgemeinen und besonderen Mandate maßgebend? d. h. ist nur diejenige Ermächtigung eine allgemeine, welche sich auf alle Geschäfte bezieht, und nicht auch diejenige, welche eine Gattung der Geschäfte betrifft, z. B. die Ermächtigung, nach Belieben Gelder aufzunehmen und Güter zu verpfänden?

Der Cassationshof hat auf den Vortrag Troplong's die Ansicht ausgesprochen, daß für die Beurtheilung einer generellen und speziellen Ermächtigung nicht der Art. 1987 anwendbar sei, weil der Art. 1538 deutlich zu erkennen gebe, daß auch schon die Ermächtigung zu einer gewissen Gattung von Geschäften, nämlich zur Veräußerung der Güter eine allgemeine sein soll, und daß daher nur diejenige als spezill erscheine, welche sich auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft beziehe, folglich jede weiter sich ausdehnende nichtig sei.

Anmerkung. Diese Entscheidung ist wohl schon darum einleuchtend, weil zwischen Ermächtigung d. h. einer Miteinwilligung in das Rechtsgeschäft, welches die der Ermächtigung bedürfende Person für sich abschließen will, und zwischen einem Auftrage, ein Geschäft für einen andern zu besorgen, ein wesentlicher Unterschied herrscht.

14) Art. 322.

Die Bestimmung, daß Niemand einen Familienstand ansprechen könne, welcher seiner Geburtsurkunde und dem hiemit harmonirenden Besitz entgegen ist, bezieht sich nur auf ehliche und nicht auf natürliche Kinder, welche eine ehliche Abkunft in Anspruch nehmen, indem jenes Kapitel von dem Beweise der ehlichen Kindschaft handelt.

Es kann also ein Kind, welches nach der Geburtsurkunde von unbekannten Eltern stammt, und welches von einer gewissen Person später anerkannt wurde, diese Anerkennung zurückweisen, selbst wenn der Besitz damit übereinstimmt, und darthun, daß es von einer verehlichten Mutter stamme und also deren Mann zum Vater habe.

Indessen kann der Mann unter diesen Umständen dem Kinde alle Beweise entgegensetzen, welche geeignet sind, ihn von der Regel des Art. 312 zu befreien. Das pater est etc. tritt aber ein, sobald der Gegenbeweis mißlingt. I. 117.

Stadel.

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,

insbesondere

des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 10. Karlsruhe den 11. Dezember 1841.

1) Art. 938. 941. 2121.

Der Mann schenkt seiner Frau im Heirathsvertrag gewisse Liegenschaften. Der Eintrag unterbleibt und der Mann verkauft die Güter an dritte Personen. Daß nun diese dritte Personen der die geschenkten Güter reklamirenden Frau den Mangel des Eintrags entgegenhalten können, unterliegt keinem Zweifel, denn sie sind keine ayant-cause, sondern ayant-interêts, es sei denn mala fides vorhanden. Dagegen hat die Frau, weil die Schenkung unter den Vertragspersonen wirksam ist, auch wenn sie nicht eingetragen wurde, eine Ersatzforderung an den Mann, weil er die Güter widerrechtlich veräußert hat.

Sie hat ferner für diese aus dem Ehevertrag entspringende Forderung ein gesetzliches Pfandrecht auf alle Güter des Mannes, also auf die ihr verschenkten und auf andere, kann also gegen die Besitzer dieses Pfandrecht mit der actio hypothecaria geltend machen. I. 217.

Anmerkung. Die Richtigkeit dieser Entscheidung möchte zu bezweifeln sein, wie denn auch Tarbé auf das Gegentheil angetragen hat, weil es ein Widerspruch sei, den dritten Personen einer Seits zu gestatten, die Schenkung als ungültig anzufechten und sie doch für schuldig zu erklären, eine daraus abgeleitete Forderung zu bezahlen oder das Gut abzutreten. Die Frage wird die sein: kann die Ersatzforderung deßhalb, weil die Schenkung im Ehevertrag gemacht wurde, als eine aus dem Ehevertrag entspringende angesehen werden, oder hat hier das Gesetz nur diejenigen Bestimmungen unter dem Begriff des Ehevertrags vor Augen, welche die ehelichen Güterverhältnisse zwischen den Eheleuten betreffen? Stabel.

2) Art. 918.

X, der mit seinen Kindern mehrere Häuser ungetheilt besaß, übergab denselben seinen hälftigen Antheil gegen eine Leibrente von 300 Fr., gegen Vorbehalt der Nutznießung des einen Hauses und mit der Verbindlichkeit der Kinder, eine darauf ruhende Erbrente von 30 Fr. an den Berechtigten zu entrichten. Später trat er in die zweite Ehe und nach seinem Tode forderte der Sohn dieser Ehe an die Kinder erster Ehe die Einwerfung des hälftigen Häuserwerths nach Maßgabe des Art. 918. Er siegte in erster Instanz, wurde aber in der zweiten abgewiesen, weil der Vertrag nicht sowohl eine Veräußerung, als eine Theilung enthalte, auch darin außer der Leibrente und Nutznießung für den Vater noch die Erbrente eines Dritten übernommen worden sei.

Der Kassationshof kassirte jedoch das Urtheil, indem er annahm: der Art. 918 lege der darin erwähnten Veräußerung des Erblassers den Charakter einer Schenkung bei und es komme nicht darauf an, ob der Gegenstand Miteigenthum der Erben gewesen oder nicht, weil der Artikel nicht unterscheide, und eben so wenig darauf, ob neben der Leibrente und Nutznießung noch irgend eine Nebenverbindlichkeit bedungen worden, weil sonst die Absicht des Gesetzes leicht vereitelt werden könne. Wenn auch nach Art. 888 ein Verkauf unter Miteigenthümern als Theilung gelten könne, so sei dies ohne Einfluß auf den Art. 918, weil der letztere vielmehr mit den Art. 913 und 843 über den Pflichttheil und die Einwerfung direkter und indirekter Schenkungen zusammenhänge und weil nach allen hierüber bestehenden Vorschriften mehr auf die Natur und die Wirkungen derartiger Verträge, als auf deren Benennung und Nebenfolgen Rücksicht zu nehmen sei. Uebrigens sei der Kläger, obgleich erst nach der Veräußerung geboren, dennoch legitimirt, die Einwerfung zu verlangen, weil der Ausdruck successibles die zur Zeit der Erbschaftseröffnung vorhandenen Erben, welchen die Prüfung aller Verfügungen ihres Erblassers zustehe, begreife.

Merlin, Toullier und Grenier nehmen dagegen an, daß wenn, wie im vorliegenden Fall, alle zur Zeit der Veräußerung vorhandene Erbberufenen eingewilligt haben, das Einwerfen nicht mehr weder von diesem noch von den Nachgebornen gefordert werden könne. Sirey 1840 I. p. 34.

Digitized by Google

3) Art. 1181. 1183.

Eltern schenkten ihrem Sohne in dessen Ehevertrag ein Gut „für den Fall, wenn derselbe sie überleben werde," zugleich aber auch Fahrnißwerthe, damit, wie es weiter hieß, Gut und Fahrniß demselben ein Einkommen von 6000 Fr. abwerfen. Es wurde angenommen, daß das Ueberleben nicht als Suspensiv- sondern als Resolutiv-Bedingung gesetzt, demnach das Gut sogleich Eigenthum des Sohnes geworden sei und nur durch sein Vorabsterben wieder rückfallen könne. Sirey 1840 I. p. 58.

4) Art. 1251.

Wenn ein Gläubiger dadurch, daß er einen vorgehenden Gläubiger befriedigt, in dessen Rechte eintritt, so geschieht dies nicht kraft Cession, sondern kraft Gesetzes. Erstere als zweiseitiger Vertrag würde die Absicht des vorgehenden Gläubigers, seine Rechte zu übertragen, voraussetzen; beschränkt er sich aber darauf, über die Zahlung zu quittiren, so überträgt nicht er, der die Annahme nicht einmal verweigern darf, seine Rechte, sondern er überläßt dies als Folge dem Gesetze. Sirey 1840 I. p. 182.

5) Art. 1912.

Das Recht des Rentengläubigers, die Ablösung zu verlangen, ist mit dem zweiten Verfallziel erworben, ohne daß es einer Verzugsetzung bedarf, sofern die Rente eine portable war, d. h. dem Gläubiger in das Haus geliefert werden mußte. Zweifelhafter bei querabeln Renten, welche nämlich der Gläubiger abholen muß. Sirey 1840 I. p. 251, 1836 I. p. 690.

6) Art. 1084. 1085.

Ist bei Schenkungen dieser Art kein Schuldenverzeichniß beigefügt, so kann der Schenker über das geschenkte Vermögen anderweit auf onerose Weise verfügen (Art. 1083), wenn er sich gleichwohl nur die Nutznießung daran vorbehalten hatte. Sirey 1840 I. p. 407.

7) Art. 908.

Alle Ausleger beziehen die in diesem Artikel enthaltene Beschränkung auch auf die Abkömmlinge des natürlichen Kindes. Jetzt hat sich der Kassationshof in einem Fall, wo der Vater den Kindern seines natürlichen Sohnes nach dessen Tod eine Schenkung gemacht hatte, gegen diese Ansicht, somit zu Gunsten dieser größeren Schenkung ausgesprochen. Da nämlich im Kap. 2 Tit. 2 B. III, wo von der Fähigkeit, durch Schenkung zu verfügen oder zu erwerben, gehandelt werde, als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen sei (Art. 902), daß Jeder erwerben könne, den das Gesetz nicht für unfähig erkläre, so müsse jede Beschränkung namentlich jene des in demselben Kapitel stehenden Art. 908 aufs strengste ausgelegt werden. Dieser Artikel spreche aber nur von dem natürlichen Kinde, ohne dessen Deszendenten zu erwähnen. Der Art. 914, welcher unter dem Ausdruck Kinder auch deren Deszendenten begreife, rechtfertige keine gleiche Ausdehnung im Art. 908, weil er sich auf den von ehelichen Deszendenten und dem Repräsentationsrechte handelnden Art. 913 rückbeziehe. Der Art. 911, welcher Deszendenten für zwischengeschobene Personen erkläre, möge zwar auf die Deszendenten natürlicher Kinder Anwendung finden, jedoch jedenfalls dann nicht, wenn die Schenkung erst nach dem Tode des natürlichen Kindes erfolgt sei, weil dem letztern alsdann kein Vortheil mehr zugehen könne. Ganz ohne Einfluß seien die Art. 757—760, weil sie von dem gesetzlichen Anspruch des natürlichen Kindes und dessen Deszendenz an das Vermögen der Eltern und nicht von Freigebigkeiten der letztern handeln. Sirey 1840 I. p. 442.

8) Art. 481. 484.

Eine durch Heirath gewaltentlassene Minderjährige kann mit Zustimmung ihres Ehemannes und ohne Ermächtigung des Familienraths (der Obervormundschaftsbehörde) Strigschillinge von verkauften Eigenschaften cediren, weil solche — obwohl mit gesetzlichem Pfandrecht verbunden — gleichwohl nur Mobiliarforderungen sind und deren Cession als Verwaltungshandlung anzusehen ist. Sirey 1840 I. p. 450.

9) Art. 785. 802.

Nachdem F. und R. die Erbschaft angetreten hatten, verzichtete R. auf seinen Antheil zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger; als sich aber bei der Liquidation des F. mit den Gläubigern ein bedeutender Aktivüberschuß ergab, verlangte er diesen mit F. zu theilen. F. aber hielt ihm den Verzicht vor. Allein R. siegte. Man müsse, so nahm der Kassationshof an, unterscheiden zwischen dem Verzicht auf die Erbschaft (784) und der Abtretung an die Gläubiger und Legatare zum Zweck eigener Befriedigung der letztern (802). Der verzichtende Erbe sei nach Art. 785 so anzusehen, als ob er niemals Erbe gewesen; der Erbe, der angetreten habe, könne nicht mehr verzichten und wenn er nun die Erbschaft an die Gläubiger abtrete, so verzichte er nicht, sondern handle vielmehr als Erbe, könne daher an dem Ueberschuß wieder zu Theil stehen. Sirey 1840 I. p. 458.

10) Art. 1582. 1583. 1589.

In einem Gantvergleich war ausgemacht, daß der Schuldner gewisse Liegenschaftsstücke den Gläubigern zur Verfügung stellte, um solche nach Gutdünken zu benutzen, zu verkaufen oder unter sich zu theilen. Später verlangte ein Gläubiger die Abtretung eines Theils dieser Stücke als Eigenthum an Zahlungsstatt, weil der Ver-

Digitized by Google

gleich eine datio in solutum enthalte, die gleich einem Kauf, sofort das Eigenthum an die Gläubiger übertragen habe. Er wurde mit diesem Begehren abgewiesen und die Kassation verworfen, weil datio in solutum ihrem Wesen nach eine Thatsache sei, diese aber nicht erfüllt worden, da der Schuldner im Besitz geblieben und weßhalb die Uebereinkunft nur als Versprechen der Abtretung, ähnlich der Verkaufszusage, anzusehen sei.

Diese von Pothier hergenommene Ansicht über datio i. s. wird von Troplong (vente Nr. 7) bestritten, indem hierbei wie beim Kauf das Eigenthum schon durch die Uebereinstimmung der Parteien übertragen werde und diese Verträge nur darin differirten, daß die datio die Tilgung einer bestehenden Verbindlichkeit, der Kauf dagegen die Ergänzung einer neuen bezwecke. Hiernach kam es in obigem Fall nur darauf an, worauf auch das Appellationsgericht alles Gewicht gelegt hatte, ob der Vertrag sogleich das Eigenthum übertragen oder nur eine verbindliche Zusage, die Liegenschaften etwa nach Erschöpfung anderer Mittel abzutreten, begründen sollte. — Sirey 1840 I. p. 554. Zachariä B. III. S. 458.

11) Art. 459. 460.

Die Wittwe P. — gesetzliche Vormünderin ihrer Kinder — und mit diesen gemeinschaftlich eine Liegenschaft besitzend, bewirkte, weil Theilung nicht möglich war, die Versteigerung. Diese wurde nicht mit den für Minderjährige bestehenden Förmlichkeiten vorgenommen und daher nach dem Tode der Wittwe von einem der Kinder, das jedoch auch die mütterliche Erbschaft bereits angetreten hatte, als nichtig angefochten. Der Steigerer berief sich aber darauf, daß die Klägerin den Akt, für den sie als Erbin ihrer Mutter Gewähr zu leisten habe, nicht anfechten könne nach dem Grundsatze: quem de evictione tenet actio etc., wogegen die letztere dies bestreitend eventuell replizirte, daß sie mindestens nicht für die ganze Liegenschaft, sondern nur für ihren mütterlichen Erbantheil Gewähr zu leisten habe. Sie wurde jedoch nach dem Grundsatze quem etc. und in Betracht, daß die Verbindlichkeit der Gewährleistung untheilbar sei, abgewiesen und der Kassationshof erkannte, daß nach bewandten Umständen kein Gesetz verletzt sei. Ob die Mutter die Versteigerung als Vormünderin oder als Miteigenthümerin oder in beiden Eigenschaften beantragt hatte, ist aus dem Rechtsfall nicht zu ersehen. Im ersten Fall würde nach Troplong (vente Nr. 446) der Grundsatz der Eviktion nicht angeschlagen haben, weil der Vormund für das, was er als solcher gethan, dritten nicht persönlich haftbar werde, zumal bei Formfehlern, die der Dritte habe vermeiden können, eine solche Haftbarkeit daher auch nicht auf seine Erben übergehe. Sirey 1840 I. p. 570.

12) Art. 2279, 816.

Ein Testament, in Folge dessen die eingesetzten Erben die Erbschaft bereits getheilt und theilweise veräußert hatten, wurde für nichtig erkannt, jedoch die Erben, die zugleich gesetzliche waren, nur zur Theilung der Liegenschaften für schuldig erklärt, weil bei Fahrnissen der Besitz für Rechtstitel gelten und die Testamentserben in gutem Glauben gehandelt hätten.

Das Urtheil wurde kassirt, weil das Recht der gesetzlichen Erben, 30 Jahre lang die Erbschaft zu reklamiren oder Theilung zu verlangen, nicht auf Liegenschaften beschränkt sei, sie daher berechtigt wären, auch die zur Masse gehörigen Fahrnisse aus den Händen der Miterben oder Legatare und im Fall der Veräußerung den Kaufpreis zu fordern; weil Art. 2279 weder auf den Besitz einer ungetheilten Sache, noch auf den Fall Anwendung finde, wo dem Besitzer ein Rechtstitel entgegenstehe; weil endlich der Art. 816 den Fall in Terminis entscheide.

Offenbar waren hier die Testamentserben, als zugleich gesetzliche, gegenüber den Miterben keine dritte Besitzer; wären sie aber auch nicht zugleich gesetzliche Erben gewesen, so waren sie doch Universallegatare, die die Erbschaftsstücke nur als Bestandtheile der Masse oder Massequote besaßen und mit dieser ausfolgen mußten. Zachariä, B. IV. S. 91. I. S. 483. — Sirey 1840 I. p. 574.

13) Art. 1622.

Nach der Ansicht Delvincourts und mehrerer Gerichtshöfe findet die Verjährung dieses Artikels nur dann Anwendung, wenn es sich um eine durch das Gesetz (1616 — 1623) bestimmte Ergänzung oder Minderung des Kaufpreises handelt, indem die Bestimmung derselben im Vertrag sich als Vertragsbedingniß darstelle und alsdann die 30jährige actio emti venditi begründet. Troplong (vente Nr. 354) erklärte sich jedoch dafür, daß der Artikel auch auf den letztern Fall anwendbar sei, weil er nicht unterscheide, weil sein Grund (Vorbeugung der Störung des Verkehrs) auf beide Fälle passe, weil endlich der kurz vorhergehende Art. 1619 a. E. des Falles einer vom Gesetz abweichenden Verabredung erwähne und daher die Unterscheidung nahe gelegen wäre, wenn sie hätte statuirt werden wollen.

Für diese Ansicht hat sich jetzt auch der Kassationshof ausgesprochen, zugleich aber auch dafür, daß der Art. 1622 mit dem Art. 2257 in Verbindung zu setzen und also da, wo wegen nicht erfolgter Uebergabe die Ausmittelung des Mehr- oder Mindermaßes nicht thunlich sei, die Verjährung erst von der Uebergabe des Besitzes an zu berechnen sei.

Troplong nimmt übrigens noch an, daß im Vertrag

Digitized by Google

nicht einmal die kurze Verjährungszeit des Artikels verlängert werden könne, weil nach Art. 2220 ein Verzicht auf eine noch nicht vollendete Verjährung nicht statt finde. Sirey 1840 I. p. 602.

14) Art. 1699, 1628.

Vossey hatte seine von dem Miterben Dunoday bestrittenen Erbschaftsansprüche an Rougeard um 9000 Fr. jedoch heimlicherweise cedirt, um dem Miterben Dunoday das Einlösungsrecht (1699) abzuschneiden und dann den Prozeß mit dem Letztern fortgesetzt. Während dieses Prozesses cedirte Rougeard die Erbansprüche um 20,000 Fr. weiter an Rottier, jedoch ohne alle Garantie, und dieser ließ am 17. Mai 1836 beide Cessionen dem Miterben Dunoday kund machen.

Auf Antrag des Dunoday wurde jedoch erkannt, daß ungeachtet der zweiten Cession zu 20,000 Fr. derselbe gleichwohl zur Einlösung der Erbansprüche um den ersten Cessionspreis von 9000 Fr. nebst Zins vom 17. Mai 1836 befugt sei, ferner daß der bisher betrügerisch fortgesetzte Rechtsstreit aufzuheben und Rougeard schuldig sei, alle Kosten zu tragen; endlich daß derselbe dem Rottier die 20,000 Fr. nach Abzug der diesem zufallenden Einlösungssumme von 9000 Fr. zurückzuzahlen habe.

Rougeard ergriff Kassation, weil Dunoday nur den ersten Cessionspreis ersetzen und nur Zinsen vom Tage der Notifikation bezahlen soll, beides entgegen dem Art. 1699; ferner, weil Rottier Ersatz erhalten soll, entgegen dem Geding, daß Rougeard keine Gewähr leiste. Allein die Kassation wurde auf den Grund des gespielten Betrugs verworfen. Sirey 1840 I. p. 430.

15) Art. 1353.

Eine Anklage wegen Betrugs bei Abschluß eines Gantvergleichs wurde von der Anklagekammer verworfen, sofort aber eine Civilklage auf Umstoßung des Vergleichs erhoben und zwar gestützt auf die durch die Criminalprocedur erhobenen Thatsachen und Beweise. Das Appellationsgericht wies diese Klage ab, weil der bürgerliche Richter die Gründe seiner Ueberzeugung nicht aus einer Criminalunterſuchung schöpfen dürfe. Allein der Cassationshof hob dieses Urtheil auf, als den Art. 1353 verletzend, weil letzterer die Gerichte ermächtige, in Fällen des Betrugs Vermuthungen zuzulassen, falls sie nur wichtig, bestimmt und übereinstimmend seien, weil aber derartige Vermuthungen sich auch aus Criminalakten ergeben könnten und kein Gesetz dem bürgerlichen Richter untersage, hieraus seine Ueberzeugung zu schöpfen, so wenig es ihn bei Prüfung der Thatsachen und Umstände, woraus ein Betrug folgen soll, an irgend eine Regel binde, in wie fern er den Beweis als vollkommen geführt zu erachten habe oder nicht. — In diesem Sinne hatte der Kassationshof schon früher erkannt. Sirey 1840 I. p. 638, 1830 I. 71.

16) Art. 653, 701.

An die Scheidemauer eines großen Hauses war ein kleines angebaut. Deßungeachtet wurde die Mauer ihrer ganzen Höhe nach für gemeinschaftlich erklärt, weil die Besitzer die Häuser von demselben Eigenthümer erworben hatten und in den Erwerbsurkunden die Mauer als Scheidemauer ohne eine Beschränkung oder einen Vorbehalt rücksichtlich des kleineren Hauses übertragen war.

In dem obern Theile dieser Mauer war ein Abtrittfenster und es ruhte nebstdem auf dem kleinern Hause die Last, das vom Dach des größern Hauses abfließende Regenwasser aufzunehmen. Allein es wurde der Eigenthümer des kleinern Hauses, der höher bauen wollte, in Anwendung des Art. 701 Absatz 3 für befugt erklärt, gegenüber dem Fenster einen Raum zum Einfall des Lichts frei zu lassen und durch eine Rinne den Wasserabfluß anderst zu reguliren. Sirey 1840 I. p. 642.

17) Art. 1554, 1557.

Durch Ehevertrag wurde der künftige Ehemann zwar ermächtigt die Dotalgüter der Frau zu veräußern, jedoch nur unter der Bedingung, daß der Erlös entweder zur Erwerbung der väterlichen Erbantheile seiner Geschwister oder ganz freier Liegenschaften verwendet werde. Er verkaufte nun zwar die Dotalgüter und kaufte Erbantheile, allein diese waren theils noch unabgetheilt, theils mit gesetzlichem Pfandrecht der Mutter behaftet. Die Frau erwirkte Vermögensabsonderung und griff die Verkäufe ihrer Dotalgüter als nichtig an. Die Gerichte nahmen an, daß die zu erwerbenden Erbantheile im Ehevertrag als ganz freie und abgetheilte gemeint gewesen seien, daß, da sie nicht so beschaffen gewesen, der Mann die Bedingung seiner Ermächtigung zum Verkauf nicht erfüllt habe, somit so anzusehen sei, als ob er nicht ermächtigt gewesen und erklärten daher die Verkäufe für nichtig. Der Käufer ergriff Kassation, allein sie wurde verworfen, weil das Gericht den Art. 1554 richtig angewendet und den Art. 1557 nicht verletzt habe. Sirey 1840 I. p. 667.

18) Art. 1377.

Der Käufer, der auf Anweisung des Verkäufers den Kaufpreis an einen Gläubiger des letzten bezahlt hat und nachher noch einmal an einen zweiten Gläubiger, der gesetzliches Pfandrecht auf den gekauften Gegenstand hatte, zahlen muß, kann den ersten Gläubiger nicht auf Rückersatz wegen Zahlungsungebühr belangen, wenn das Pfandrecht im Unterpfandsbuch eingetragen war, ehe er die erste Zahlung leistete, zumal er als angewiesener Schuldner an einen wahren Gläubiger, mithin keine Nichtschuld, bezahlt hat. Sirey 1840 I. p. 736. Ueber letztern Grund das Nähere bei Toullier, Bd. XI. Nr. 83. F. P. Schmidt.*)

*) Hofgerichtsrath in Mannheim. D. Red.

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte,

enthaltend

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe,

insbesondere

des Cassationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 11. Karlsruhe den 25. Dezember 1841.

1) Art. 785, 915.

Die Erblasserin, deren gesetzlicher Erbe ihre Schwester und nach dieser ihre mütterliche Großmutter gewesen wäre, setzte ihren Ehemann zum Universalerben ein. Die Schwester erklärte, daß sie verzichte und nun trat die Großmutter auf und forderte ihren Pflichttheil gemäß Art. 915 und 1094. Der Ehemann wendete ein, die Klägerin habe nur durch Verzicht der ihr vorgehenden Schwester der Erblasserin Erbrecht erwerben können, ein solcher Verzicht sei aber undenkbar, resp., obgleich geleistet, ganz ohne rechtliche Folge, weil ja die Schwester, der kein Pflichttheil zugestanden, durch das Testament von allem Erbrecht ausgeschlossen gewesen sei. Gleichwohl wurde der Großmutter der gesetzliche Pflichttheil zuerkannt und die dagegen ergriffene Kassation verworfen, indem — ohne auf die Einwendung einzugehen — angenommen wurde, daß die Art. 785 und 786 über die Wirkung des Erbverzichts und sofort der Art. 915 Anwendung finden. Sirey 1840 I. p. 680. (Beibl. 1841, Nr. 7, Fall 18.)

2) Art. 884.

Gabriac und Frau Ranes erbten die Verlassenschaft des Ehemanns der letztern und die Frau hatte außerdem ihren Gemeinschaftsantheil zu fordern. Zu dieser Verlassenschaft gehörte ein in der Bretagne gelegenes Gut und Gabriac cedirte seinen Erbantheil an dieses Gut an Beaurepaire. Auf dessen Antrag fand über dieses Gut eine besondere Theilung im Jahre 1816 statt, während die übrige Verlassenschaft erst im Jahre 1820 ohne Zuziehung des Beaurepaire zwischen Gabriac und der Wittwe Ranes getheilt wurde. Zufolge letzterer Theilung hatte Gabriac an die Wittwe 16,000 Fr. als Gleichstellung zu zahlen und um diese Forderung zu sichern, nahm die Wittwe eine Inscription auf den Antheil des Beaurepaire am Bretagner Gut. Auf eben diesen Gutstheil nahm aber auch später der Bruder des Beaurepaire wegen einer Pfandforderung eine Inscription und als Beaurepaire in Gant fiel, bestritt der Bruder das Pfandrecht der Wittwe Ranes. In beiden Instanzen wurde angenommen, der Wittwe stehe für ihre Gleichstellungsforderung gesetzliches Pfandrecht auf das Bretagner Gutantheil zu, indem sie sich durch die besondere Theilung dieses Rechts nicht begeben habe. Allein das Urtheil wurde kassirt, weil durch die besondere Theilung dem Beaurepaire ein bestimmter unwiderruflicher Antheil an dem Bretagner Gut zugefallen sei, für den ihm die Mittheilhaberin Wittwe Ranes Gewähr zu leisten habe, und weil auf dieses durch einen besondern Titel schon erworbene Recht auf bestimmte Liegenschaften die spätere allgemeine Theilung keinen Einfluß habe äußern können, um so weniger, als Beaurepaire zur Theilnahme an dieser eigentlichen Gemeinschafts und Erbtheilung weder berufen worden, noch berechtigt gewesen sei. Sirey 1840 I. p. 686.

3) Art. 1130.

Billard schenkte einigen seiner Enkel Liegenschaften; da aber Kraft des Ehevertrags seiner Frau im Fall ihres Ueberlebens die Nutznießung an seinem ganzen Nachlaß zustand, wurde mit letzterer ausgemacht, daß ihr, „um den Vollzug der Schenkung und die Theilung sowohl dieser Liegenschaften, als des übrigen Vermögens des Schenkers zu erleichtern," statt der Nutznießung die beschenkten „und die übrigen Erben" eine Leibrente von 300 Fr. entrichten sollten. — Nach Billard's Tod verweigerten die Schenknehmer die (nach ihrem Erbantheil berechnete) Rente — als auf einem Vertrag über eine künftige Erbschaft beruhend, wogegen die Wittwe eventuell die Nichtigerklärung der ganzen Schenkung verlangte — als abhängig von einer verbotenen Bedingung. Allein es wurde die Schenkung aufrecht erhalten und die Rentenforderung abgewiesen. Der Akt enthalte nämlich zwei Verträge: 1) eine in gültiger Form angebotene und acceptirte Schenkung des Billard an seine Enkel und 2) eine Uebereinkunft mit dessen Wittwe über deren Nutznießung. Erstere bestehe unabhängig, ohne daß die letz-

Digitized by Google

tere als Last derselben angesehen werden könne, weil die Wittwe nicht allein zu Gunsten der beschenkten, sondern auch der übrigen Erben auf die Nutznießung verzichtet und ebenso die Rente sich zugleich von Seite der nicht beschenkten Erben bedungen habe. Dagegen sei die zweite Uebereinkunft eben dieser Gedinge wegen als ein Vertrag über eine noch nicht eröffnete Erbschaft zu betrachten. Sirey 1840 I. p. 758.

4) Art. 770, 811.

Da X ohne bekannte Erben gestorben war, erwirkte die Staatsgüterverwaltung die Ermächtigung zu den im Art. 770 vorgeschriebenen Verkündigungen, sowie zur provisorischen Verwaltung des Nachlasses. Allein an demselben Tage wurde auch auf Antrag eines Gläubigers die Erbschaft für ledig erklärt und ein Erbpflegee ernannt, wogegen der Staat einsprach. In beiden Instanzen wurde mit Verwerfung dieser Einsprache der Erbpfleger bestätigt, weil, so lange die Voraussetzungen des Art. 770 nicht vorhanden seien, irgend eine definitive oder provisorische Einweisung des Staats nicht stattfinde. Allein das Urtheil wurde kassirt, weil nach Art. 811 die Aufstellung eines Erbpflegers nur für ein ledig es Erbe statthabe, eine Erbschaft aber, welche dem Staate gemäß Art. 768 anerfallen sei und von ihm reklamirt werde, zufolge desselben Art. 811 keine ledige sei, mithin den Gerichten kein weiteres Recht zustehe, als bis zur Reklamation und von da an bis zur Einweisung eine gutfindende provisorische Verwaltung, nicht aber eine eigentliche Erbpflege (813, 814) anzuordnen. Sirey 1840 I. p. 759.

5) Art. 215, 218.

Eine Ehefrau, die eine Verbindlichkeit als nichtig anfechten wollte, ließ ihren Ehemann zur Prozeßermächtigung beiladen und da er nicht erschien, ertheilte das Gericht ihr solche. Indessen wurde sie mit der Klage selbst abgewiesen und das Urtheil in zweiter Instanz bestätigt. Nun verlangte sie Kassation, als für die zweite Instanz weder vom Manne noch vom Gericht ermächtigt, und der Kassationshof entsprach dem Begehren, weil die vom Gericht erster Instanz nur incidenter ertheilte Ermächtigung sich nur auf jene Instanz beschränkt habe und es Sache des Gegners war, für Einhaltung der zu einer gültigen Entscheidung nöthigen Förmlichkeiten zu sorgen.

Hieraus folgt wohl, daß, wenn die Ermächtigung nicht blos zur Berichtigung des Legitimationspunkts während eines anhängigen Rechtsstreits, sondern in Folge eines selbstständigen Antrags ertheilt wurde, es hieran für alle Instanzen genügt, wie auch das Appellationsgericht zu Poitiers schon erkannt hat. Anders dagegen, wenn der Mann die Frau etwa zu einer Klage ermächtigt, was nicht in omnem causam zu verstehen ist, wenn die Ermächtigung nicht unzweifelhaft diesen allgemeinen Sinn darbietet. Duranton II. Nr. 459. Sirey 1838 II. p. 92 und 1840 I. p. 768.

6) Art. 1394, 1338, 1320.

In einem Ehevertrage schenkte die Mutter der Braut eine Aussteuer und die künftigen Eheleute sich gegenseitig die Nutznießung ihres ganzen Vermögens. Die Frau starb kinderlos und setzte ihre Mutter zur Universalerbin ein. Diese, um sich von der Nutznießung des Schwiegersohnes zu befreien, focht den Ehevertrag als nichtig an, indem sie mit Zeugen beweisen wollte, daß er erst nach der Hochzeit abgeschlossen worden. Der Schwiegersohn wendete ein, dieser Beweis gehe gegen den Inhalt der öffentlichen Vertragsurkunde, worin von „künftigen Eheleuten" und „voehabender Ehe" die Rede sei und die Mutter habe auch den Vertrag durch Ausfolgung der Aussteuer bestätigt.

Das Untergericht wies die Klage ab. Allein das Appellationsgericht ordnete die Zeugenabhöre an und die hiergegen ergriffene Kassation wurde verworfen. Die Mutter klage nämlich nicht aus eigenem Recht, sondern aus dem Recht ihrer Tochter. Wolle man nun auch unterstellen, ein erst nach der Hochzeit eingegangenee somit nichtiger Eheverteag könne ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt werden, so könnten doch die freiwilligen Vollzugshandlungen der Mutter, die sie vor der Erberöffnung ihrer Tochter über eigene Rechte (die Aussteuer) voegenommen habe, den ihr erst nachher aneefallenen Rechten der Tochter keinen Eintrag thun, wie dies auch aus Art. 2050 folge und weßhalb der Art. 1338 nicht verletzt sei. — Anlangend den Zeugenbeweis, so sei im Ehevertrag die Stunde seiner Aufnahme nicht angegeben und zur Beurkundung über die Hochzeit sei der Notar so wenig berechtigt gewesen, als den Parteien eine beweisende Erklärung oder ein Geständniß zukam. Die im Ehevertrag erzählender Weise enthaltenen und dem Beurkundungsrechte des Notars und der Paetheien fremde Anführungen: „künftige Ehegatten" u. s. w. lieferten nue den Beweis, daß die Kontrahenten dies erklärt haben, nicht aber, daß es richtig sei und daß damals die Hochzeit wirklich noch nicht vollzogen gewesen, daher sei der Zeugenbeweis nicht gegen den Inhalt der Urkunde gerichtet. Sirey 1840 I. p. 786.

7) Art. 1387, 1391, 1554, 1557.

Eheleute behielten sich im Ehevertrag das Recht vor, ihre Dotalgüter zu veräußern und zu verpfänden. Sofort wurde ein Haus der Frau verpfändet, später aber

Digitized by Google

Mangels Zahlung versteigert. Nun fochten die Eheleute, gestützt auf Art. 1557, der nur zur Veräußerung nicht zur Verpfändung ermächtige (Beibl. 1841 S. 24 Nr. 17), die Versteigerung resp. Verpfändung an; allein vergebens. Das Gesetz (Art. 1387) wolle nämlich rücksichtlich der ehelichen Vermögensverhältnisse nur in Ermangelung besonderer Verabredungen Bestimmungen treffen und den Eheleuten freie Hand lassen, soferne nur die Verabredungen nicht den guten Sitten und den in Art. 1388 folgenden enthaltenen Modificationen widerstreiten. Es komme daher nicht darauf an, ob ein Ehevertrag jenen subsidiären Bestimmungen des Gesetzes gemäß sei oder nicht. Sirey 1840 I. pag. 796.

8) Art. 2180.

Nach Art. 2180 Abs. 4 erwirbt der dritte Besitzer einer verpfändeten Liegenschaft die Pfandfreiheit unter andern auch durch die 10- oder 20jährige Verjährung (Art. 2265). Hat er aber den im Abs. 3 bezeichneten Weg eingeschlagen, indem er nämlich den Gläubigern seinen Erwerbtitel u. s. w. zustellen ließ (2183), so nehmen alle Ausleger an, er habe auf jene kurze Verjährung verzichtet und sich der 30jährigen unterworfen, indem er sich an die Stelle des Pfandschuldners gesetzt habe und persönlicher Schuldner der Gläubiger geworden sei (Troplong hyp. 883, 887). — Der Cassationshof hat sich jetzt gegen diese Ansicht ausgesprochen. Der Art. 2180 Abs. 4 bewillige dem dritten mit einem gerechten Titel versehenen Besitzer die besondere 10- oder 20jährige Verjährung zur Befreiung von Vorzugs- und Pfandlasten — anfangend vom Tage der Transcription seines Erwerbtitels. Dagegen bestimme kein Gesetz, daß die Notifikation an die Gläubiger, welche der Besitzer nach der Transcription vornehme, entweder als ausdrücklicher Verzicht auf die begonnene Verjährung oder als Anerkennung der Hypothekarschuld und damit als stillschweigender Verzicht gelten soll. Angenommen auch, die Notifikation enthalte einen Verzicht, so könne solcher doch nur auf die bis dahin gelaufene, nicht aber auf eine neue von da an wieder beginnende Verjährung wirken, weil der Art. 2220 einen Verzicht auf eine laufende Verjährung überhaupt nicht zulasse. Ebenso wenig lege irgend ein Gesetz der Notifikation die Wirkung bei, daß nunmehr die dingliche Klage der Gläubiger zu einer persönlichen werde, und damit die besondere Verjährung in die 30jährige übergehe, vielmehr setze der Art. die hier eintretende Verjährung ein für allemal auf 10 oder 20 Jahre fest. Sirey 1840 I. p 810.

9) C. de proc. Art. 59. P. O. §. 18.

Der Cassationshof entschied, der besondere Gerichtsstand einer Gesellschaft erlösche nicht schon mit deren Auflösung, sondern erst, wenn die Liquidation unter den Gesellschaftern stattgefunden habe. So auch Pardessus. Andere Schriftsteller nehmen den Gerichtsstand mit dem rechtlichen Aufhören der Gesellschaft im Verhältniß zu Dritten als erloschen, im Verhältniß der Gesellschafter unter sich aber erst mit der Liquidation. Zufolge Art. 1872 C. c. werden hier wohl die Grundsätze über den Gerichtstand in Verlassenschafts- und Erbtheilungssachen Anwendung finden. Sirey 1840 I. p. 836.

10) Art. 2135, 1083, 1093.

Hat der Mann seiner Frau im Ehevertrage auch nur eventuelle Vortheile zugewendet, z. B. die Nutznießung an seinem dereinst noch vorhandenen Vermögen, so kann er zu ihrem Nachtheil darüber nicht mehr unter unentgeltlichen Titel verfügen. Auch für diese Vortheile besteht das gesetzliche Pfandrecht der Frau und sie kann dafür einen Pfandeintrag nehmen. Hat der Mann gleichwohl Liegenschaften verschrukt, so können die Schenknehmer nicht verlangen, daß der Pfandeintrag der Frau gestrichen werde, mag dieser Eintrag auch der Frau, der das noch wirksamere Recht der Anfechtung der Verschenkung zusteht, von keinem Vortheil sein. — Anders, wenn der Mann auf onerose Weise veräußert hätte. Sirey 1840 I. p. 850.

11) Art. 14. P. O. §. 18.

Der Inländer kann den Ausländer selbst dann vor das inländische Gericht ziehen, wenn sie Gesellschafter sind und die Gesellschaft, aus der geklagt wird, im Auslande ihre Niederlassung hat. Sirey 1840 I. p. 866.

12) Art. 1717.

Hat auch der Vermiether dem Miether das Untervermiethen untersagt, so kann er darum allein nicht auf Vertragsauflösung klagen, sofern dies nicht bedungen ward, sondern es kömmt auf die Umstände an. Der Gerichtshof zu Paris ließ in einem Fall, wo der Miether öffentliche Mädchen aufgenommen, aber vor der Klage wieder ausgewiesen hatte, die Auflösungsklage nicht zu. Troplong zu den Art. Sirey 1840 I. p. 867.

13) Art. 1626, 1629, 1619.

Wußte der Käufer zur Zeit des Vertrags, daß ein Theil der verkauften Sache schon von Dritten durch Verjährung erworben war, so steht ihm auch dann die Gewährleistungsklage nicht zu. Die Gerichte können in diesem Fall annehmen, daß er nur den Rest habe kaufen wollen. (Cassationshof.)

Digitized by Google

Ueberhaupt tritt Gewährleistung da nicht ein, wo der fehlende Theil nicht so viel beträgt, um eine Preisminderungsklage zu begründen. (Kolmar.) Sirey 1840 I. p. 870.

11) Art. 1561, 2256, 1304.

Zwischen Eheleuten hatte im Jahre 1804 eine Gütertrennung statt; später verkaufte der Mann ein Dotalgut der Frau und diese genehmigte den Verkauf, allein der Mann verwendete den Erlös für sich. Im Jahre 1829 starb der Mann und 9 Jahre später focht die Frau den Verkauf als nichtig an. Der Käufer berief sich darauf, daß das Dotalgut durch die Gütertrennung verjährbar geworden (1561) und seit dieser Gütertrennung ein Zeitraum von bei weitem mehr als 10 Jahre verflossen, daher die Aufhebungsklage nach Art. 1304 längst verjährt sei. Allein das Appellationsgericht und der Cassationshof nahmen an, daß im vorliegenden Falle die Verjährung erst mit Auflösung der Ehe im Jahre 1829 begonnen habe und danach die Klage nicht erloschen sei. Der Art. 1561 erleide nämlich eine Ausnahme durch den Art. 2256, wonach eine Klage der Frau auch dann nicht während der Ehe verjähre, wenn sie in ihren Folgen auf den Mann zurückwirke. Dieser Fall liege aber vor; denn würde der Käufer von der Frau während der Ehe verklagt worden sein, so wäre ihm der Rückgriff gegen den Mann zugestanden. — Der Mann hatte nämlich im Kaufervertrag erklärt, daß er in seinem persönlichen Namen und haftend für seine Frau handle, war also gewissermaßen, wie Troplong sich ausdrückt, Mitverkäufer. Auch mochte unterstellt worden sein, wie der Cassationshof früher einmal erkannte, daß der Mann durch Veräußerung zu eigenem Vortheil dolos gehandelt habe und deshalb dem Käufer gewährpflichtig sei. Hätte er weiter nichts unternommen, als die ehemännliche Ermächtigung ertheilt, so würde die Nichtigkeitsklage der Frau gegen ihn keine Folgen gehabt und deren Verjährung mit der Gütertrennung begonnen haben. Troplong prescript. Nr. 772. Sirey 1827 I. p. 267. 1840 I. p. 884.

15) Art. 1500, 1428, 1528.

Das Vermögen der Braut bestand in 20,000 Fr., welche sie an ihre Mutter zu fordern hatte und im Ehevertrag wurde ausgemacht, daß hiervon nur die zuerst fälligen 3000 Fr. zur Gemeinschaft gehören und die übrigen 17,000 Fr. davon ausgeschlossen bleiben sollten. Gleichwohl delegirte später der Mann an dieser ausgeschlossenen Forderung den Betrag von 2000 Fr. an einen seiner Gläubiger an Zahlungsstatt, ohne Zustimmung der Frau. Die Frau focht die Ueberweisung als nichtig an und nun handelte es sich um die sehr bestrittene Frage, wie weit hinsichtlich der verliegenschafteten Fahrniß der Frau das Verwaltungs- oder Verfügungsrecht des Mannes reiche.

Die Gerichte erster Instanz unterschieden, ob vertretbare oder nicht-vertretbare Fahrnisse veräußert worden und erklärten die Ueberweisung für nichtig, weil die Forderung keine vertretbare Sache sei. Der Cassationshof verwarf zwar die von dem Gläubiger ergriffene Cassation, allein ohne Rücksicht auf die gedachte Unterscheidung aus folgenden Gründen:

Nach 1387 gehen die Verabredungen der Eheleute über ihre Vermögensverhältnisse den gesetzlichen Bestimmungen vor und nach 1500 sei ihnen das Geding des Fahrnißausschlusses noch besonders gestattet, woraus folge, daß die ausgeschlossene Fahrniß weder dem Manne, noch der Gemeinschaft gehöre, und damit sei der Art. 1421 beseitigt. Im Uebrigen verhalte es sich mit der ausgeschlossenen Fahrniß geradeso, wie mit der Fahrniß von einer jeden andern Nichtgemeinschafts-Ehe. Der Mann verwalte, beziehe die Einkünfte und selbst die verfallenen Kapitalien (1530, 1531); er ersetze Sachen die sich durch den Gebrauch verzehren, nach dem Anschlag (1532), andere gebe er in ihrem gebrauchten Zustande zurück (589); sowie von schuldlos verlorenen Ausständen und Renten die Urkunden (1567). Hiernach stehe das Eigenthumsrecht selbst der Frau zu und ohne ihre Einstimmung könne der Mann weder verkaufen, cediren, noch seine eigenen Gläubiger auf die Ausstände der Frau anweisen. — Diesen Grundsätzen ständen die Art. 1551 u. 1851, 1428, 1503 u. 1528, welche die Streitfrage veranlaßt hätten, nicht entgegen. Die ersten beiden Sätze handelten von dem Fall, wo Fahrnisse um einen Anschlag also verkaufsweise eingeworfen worden und dieser Fall liege hier nicht vor; aus Satz 1428, wonach Besitz- und Fahrniß-Klagen dem Manne zustehen, folge nicht das Recht, die Aktiven der Frau abzutreten, und die Befugniß, verfallene Aktiven einzuziehen, enthalte dieses Recht ebenso wenig, indem das Gesetz vielmehr unterstelle, daß der Mann als redlicher Verwalter nur einziehe, um wieder anzulegen; der Absatz 3 des Satzes 1428, welcher dem Manne nur die Veräußerung von Liegenschaften untersage, beziehe sich allein auf die Gemeinschafts-Ehen, in denen der Mann Herr der Fahrniß sei und der Satz 1528 gestatte den Grundsätzen der gesetzlichen Gemeinschaft nur in so weit Anwendung, als kein Vertragsgeding entgegenstehe; Satz 1503 endlich, welcher von Rücknahme des Fahrnißeinbringens im Werth spreche, handle nur von der bei der Auflösung nicht mehr in Natur vorhandenen Fahrniß. Sirey 1840 I. p. 887.

Schmidt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google